

INVESTIGACIÓN PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO
CON ÉNFASIS EN DERECHO EMPRESARIAL

Análisis de la figura del notario bajo el régimen de Servicio Civil y sus fundamentos éticos

María Catalina Ocampo Van Patten

Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología

Contenido

Introducción	4
Abstract	5
Hipótesis.....	6
Problema	6
Pregunta del problema	6
Aspectos Generales de la Investigación	6
Justificación	6
Objetivo General	7
Objetivos Específicos.....	7
Metodología	7
Marco Conceptual	9
Glosario	9
Abreviaturas	10
Referencia Histórica	11
Profesionales en Derecho: Independencia entre la figura del Abogado y el Notario.....	13
Naturaleza pública de la función notarial	15
Tipos de notarios contemplados dentro de la jurisprudencia costarricense, según lo estipula la Sala Constitucional (Voto 136772 del año 2004)	16
Figura establecida en Costa Rica del Notario de Planta o Notario Institucional.....	17
Derecho comparado: La intervención del notario mexicano en asuntos de la administración pública y entidades del Gobierno	19
Servicio Público: sus limitaciones e incompatibilidades con el ejercicio privado de la profesión	21
Régimen de dedicación exclusiva.....	22
Régimen de prohibición	23
Oficina abierta al público	24
Problemática de carácter ético en el ejercicio del Notariado de Planta.....	24
Obligación de servicio y rogación	25
Conciencia de función e implicaciones	26
Imparcialidad, asesoramiento y secreto profesional	26

Honorarios del Notario Público.....	27
Enriquecimiento Ilícito	28
Definición de actividad ordinaria de la Administración	29
La figura del Notario Institucional en la actualidad y sus posibles reformas al Código Notarial	29
Resultados de la Encuesta.....	30
Conclusiones	32
Recomendaciones	32
Anexos	34
Gráficos generales y resultados de la encuesta	34
Bibliografía	38

Introducción

Antes del 22 de noviembre del 2003, los abogados costarricenses eran juramentados como notarios al obtener su licenciatura en derecho. Actualmente esa condición cambió y para poder ejercer como notario debe cursarse un posgrado en Derecho Notarial y Registral, además, de contar con al menos dos años de haberse incorporado al Colegio de Abogados de Costa Rica.

En el año 2000, a partir del Voto 444-2000, de la Sala Constitucional, se crea jurídicamente la figura del notario de planta, aunque ya desde antes se manejaba este término para referirse a los notarios que laboran en instituciones públicas. Este grupo particular de notarios son contratados por el Estado, reciben un salario por sus servicios notariales y se comprometen a dedicarse exclusivamente a las labores para las cuales fueron contratados.

Según la Dirección Nacional de Notariado, en adelante DNN: *“La misma Sala Constitucional (...) admite la posibilidad de que las instituciones públicas cuenten con “notarios de planta” a quienes se les pagaría un salario para que ejerzan el notariado en forma parcial como es el caso de la redacción de escrituras públicas, formalización de créditos, realización de estudios registrales y demás actos en los que participe la institución, con lo cual el ejercicio de la función notarial deja de ser privado y se constituye en público, ya que en estos casos los usuarios privados no tienen acceso a solicitar al notario la autorización de actos o contratos de carácter privado”* (Bogarín Parra, Directriz, 2005).

Queda claro de que el notario de planta es una figura real dentro de la legislación costarricense. Según la descripción emitida por la DNN, en estos casos se ejerce el notariado de forma parcial, esto porque el notario que sea contratado bajo este régimen de servicio civil se compromete a llevar a cabo únicamente aquellas labores para las cuales fue contratado por la institución pública, un ejemplo de esto es que no podría registrarse un matrimonio o tramitar procesos sucesorios si estas labores no se encuentran dentro de las labores ordinarias para las cuales fue contratado.

Dentro de los impedimentos que existen para el ejercicio del notariado, el Código Notarial (CN), hace referencia en el artículo 4, inciso “f”, a la limitación que existe de ejercer de forma liberal la profesión, si se tiene al mismo tiempo algún cargo en cualquier dependencia del sector público, en los que se les prohíba el ejercicio externo del notariado; lo anterior complementado con las excepciones presentes en el artículo 5 del mismo cuerpo normativo.

Como tal, el artículo 4 enmarca el impedimento no por el ejercicio de una función pública, sino por la prohibición que pudiera existir en el sector público en que labora el notario.

Los notarios de planta tienen vetado por ley el ejercicio privado de su profesión al igual que les es prohibido el cobro de honorarios al Estado por la prestación de estos servicios, a pesar de existir tales impedimentos, el artículo 7 del Código Notarial en el inciso “B”, párrafo segundo, indica lo siguiente: *“(...) los notarios en régimen de empleo público podrán cobrar los honorarios correspondientes a los particulares, en los casos de formalización de escrituras relacionadas con los fondos de ahorro y préstamo que*

funcionen adscritos a cada institución, y no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal.” (Mora & Weisleder, Código Notarial, 2011).

El párrafo anterior ha convertido al artículo 7 junto con los artículos 4 y 5 del CN en generadores de controversia, ya que por ellos se han interpuesto acciones de inconstitucionalidad, consultas de criterio jurídico e incluso proyectos de reforma de ley, los cuales en su mayoría hablan de discriminación y la violación del artículo 68 de la Constitución Política de Costa Rica.

Según lo menciona el licenciado Herman Mora, en una entrevista aplicada el 27 de noviembre del 2012, en temas de derecho notarial existen muchas distorsiones de la figura del notario y es por eso que el análisis de la figura del notario de planta se convierte en un tema de interés, ya que consiste en un vivo ejemplo de las variaciones que puede presentar el ejercicio del notariado.

Abstract

In 2007 the figure of “Institutional Notary” was legally created in Costa Rica although even before, the term was used to refer to notaries who work in public institutions. This particular group of notaries is employed by the government and receives a salary for their legal services as well as to devote themselves exclusively to work for which they were hired.

The private practice of their profession has been outlawed for “Institutional Notaries” as they are prohibited from charging fees to the Government for the provision of these services, this is the core issue of research since despite such impediments exist, Article 7 of the Notary Code in subsection “B”, second paragraph states: “(...) notaries under public employment regime may charge fees to third parties or particular when executing deeds related to savings and loan funds ascribed to each institution, and not corresponding to the ordinary activities of the employer entity.”

Hipótesis

Existen problemas ético-jurídicos en la figura del notario institucional.

Problema

Análisis de la figura del notario de planta en el sistema costarricense, definiendo sus alcances y limitaciones bajo un esquema ético.

Pregunta del problema

¿Cuáles son los problemas éticos presentes en la figura del notario de planta?

Aspectos Generales de la Investigación

En Costa Rica, la institución descentralizada que regula la función notarial desde el año 1998 es la DNN, la cual fue creada por medio de la promulgación del CN, Ley 7 764. Esta institución es a quien le ha correspondido, a solicitud de la Sala Constitucional, delimitar las funciones del notario de planta, por lo que alrededor de este tema se han generado varios pronunciamientos.

Parte de la ética que debe practicar el notario se encuentra en el cobro de sus honorarios, utilizando como guía la tabla de aranceles, por esto se analizarán las prácticas de los notarios de planta, quienes reciben un salario fijo, pero la ley contempla una excepción mediante la cual también podrían cobrar honorarios por sus servicios.

Se analizará en qué medida existe el delito de enriquecimiento ilícito tipificado en la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y su Reglamento (LCCEI).

Justificación

Esta investigación es llevada a cabo como parte de los requisitos para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho con Énfasis en Derecho Empresarial, de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología.

Su relevancia está basada en la necesidad de definir aspectos fundamentales para los notarios institucionales o notarios de planta, y que han sido tema de discusión desde antes de la implementación del presente CN. Establecer las funciones, su forma de contratación y lo concerniente a la forma en que deben ser remunerados, ligado a proyectos de reforma de varios artículos del CN, son temas de trascendencia que afectan de forma sensible no sólo a los notarios contratados bajo el régimen público, sino que también acarrea consecuencias para aquellos que se desempeñan como notarios en el campo privado y que, de alguna forma, brindan sus servicios al Estado.

Es una investigación que contempla jurisprudencia, proyectos de ley presentados en la Asamblea Legislativa, Directrices emitidas por la DNN, Opiniones Jurídicas y

Directrices de la Procuraduría General de la República, pronunciamientos de la Sala Segunda, normativa vigente, derecho comparado y entrevistas con notarios en Costa Rica y México que han manifestado su criterio para complementar el análisis de la percepción de los notarios en ejercicio.

Lo anterior pretende analizar un tema controvertido para lograr fortalecer, lo que ya se encuentra normado, examinando los puntos de convergencia entre el CN y las diferentes leyes y reglamentos que deben regular en armonía la función del notario en el régimen de empleo público.

Extraer y analizar el compendio de opiniones existentes genera una herramienta que facilita el entendimiento de la materia y forma un criterio homogéneo sobre la función y el alcance de las capacidades de los notarios de planta, sin que esta investigación deba ser considerada como un análisis jurisprudencial de la materia.

Objetivo General

Analizar la figura del notario de planta desde el punto de vista legal y los aspectos éticos que deberían regir la función notarial, tomando en cuenta los criterios emitidos por diferentes organismos e instituciones públicas acerca de las incompatibilidades y conflictos legales previstos en la ley para el ejercicio del notariado.

Objetivos Específicos

1. Revisar jurisprudencia relevante de los últimos 20 años para construir un criterio generalizado de las diferentes instancias.
2. Establecer la independencia del ejercicio de la abogacía y el ejercicio del notariado.
3. Analizar las diferencias entre los notarios de planta y los notarios que ejercen de forma privada.
4. Analizar las propuestas de reforma de los artículos 5, 6 y 7 del CN.
5. Comparar los tres tipos de notariado establecidos por la Sala Constitucional.
6. Realizar una investigación de campo por medio de una encuesta para comparar la percepción de la figura del notario de planta a los ojos de los profesionales en derecho a nivel nacional.
7. Realizar un análisis ético de la figura del notario de planta por medio de una comparación con la función notarial de los profesionales de México, mediante una entrevista con la notaría número 133 del Distrito Federal.
8. Entrevistar a diferentes profesionales en derecho para obtener sus criterios y apreciaciones personales en el tema.

Metodología

La presente investigación se define mayormente como una investigación cualitativa, ya que se basa en los hechos y su interpretación. Para la presente

investigación se da inicio con una etapa de análisis de la literatura disponible, la jurisprudencia, proyectos de ley que se presentaron en la Asamblea Legislativa, Directrices emitidas por la DNN, Opiniones Jurídicas y Directrices de la Procuraduría General de la República, pronunciamientos de la Sala Segunda, normativa vigente y derecho comparado.

Una vez recopilada la información y planteado el problema procede a identificarse personas con información relevante para la investigación ya sea para entrevistas directas o para encuestas grupales.

Se analiza el entorno social del gremio de notarios para explorar y describir al notario de planta no solo desde el punto de vista de la ley, sino desde la percepción del propio notario de planta y los notarios que ejercen de forma privada su profesión.

Dentro de las personas entrevistadas durante el proceso de investigación, se encuentran el licenciado Herman Mora Vargas, co-redactor del CN, profesor de Derecho Notarial en varias universidades a nivel internacional y generador de doctrina relevante en Derecho Notarial y Registral; licenciado Walter Alejandro Salazar Chávez, asesor legal de la sección de Muebles del Registro Nacional, Director de la Especialidad de Derecho Notarial y Registral de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (UlaCit) y profesor de Derecho Notarial en varias universidades del país; licenciado Otto Guevara Guth, exdiputado y actual precandidato presidencial por el partido Movimiento Libertario de Costa Rica; licenciado Enrique Gerardo Rojas Robles, abogado de planta y asesor legal de la Municipalidad de Garabito; licenciado José Joaquín Piñar Ballesteros, juez agrario y presidente de la Junta Directiva de la filial de la Asociación Costarricense de la Judicatura en Santa Cruz, Guanacaste y el licenciado Mauricio Zavaleta Pérez, abogado en Notaría 133, Distrito Federal, México.

Como complemento a la metodología de investigación utilizada se analizan los resultados de la encuesta aplicada por medio de los grupos profesionales "Justicia Notarial" y "Cartularium" a 50 profesionales en derecho a nivel nacional.

Las técnicas utilizadas para la recolección de datos, tal y como se sugiere en el libro "Metodología de la Investigación" (Hernández et al, 2010) se pueden resumir en la observación, entrevistas abiertas, revisión de documentos y literatura disponible, evaluación de experiencias personales y la interacción con notarios que laboran bajo el régimen de servicio civil, entre otros, reconstruyendo la realidad tal y como es percibida por los profesionales en derecho.

Se concluye que la presente investigación se encuentra fundamentada en la diversidad de ideologías y percepciones de individuos e instituciones sobre un tema central de discusión y sus transformaciones en el tiempo, tomando como marco temporal los criterios emitidos desde 1998 (año en el que entra en vigencia el Código Notarial) hasta la actualidad.

Marco Conceptual

Glosario

1. **Abogado:** “...el que con título legítimo ejerce la abogacía” (Cabanellas de Torres, 2006)
2. **Administración Pública:** Puede definirse como el conjunto de Órganos Administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin a través de los Servicios Públicos (que es el medio de que dispone la Administración Pública para lograr el bienestar General), regulada en su estructura y funcionamiento, normalmente por el Derecho Administrativo.
3. **Dedicación Exclusiva:** “Compensación económica retribuida a los servidores de nivel profesional porcentualmente sobre sus salarios base, para que obligatoriamente no ejerzan de manera particular (remunerada o ad honorem), la profesión que sirve como requisito para desempeñar el puesto que ostenten, así como las actividades relacionadas con este, con las excepciones que se establecen en el ordenamiento jurídico vigente.” (Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, 2010).
4. **Directriz:** Debe entenderse como Directriz los pronunciamientos que contemplan instrucciones o normas generales para la ejecución de una cosa, en el caso de la presente investigación son los pronunciamientos que instruyen sobre el tema del ejercicio del notariado.
5. **Ejercicio liberal de la profesión:** Es el ejercicio de la profesión de forma privada, sin encontrarse bajo la subordinación de un patrono.
6. **Enriquecimiento ilícito:** Es el delito que se encuentra tipificado en el artículo 45 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, se refiere a las personas que se aprovechan, ilegítimamente, del ejercicio de su función pública para acrecentar su patrimonio, es un delito que únicamente pueden cometer los funcionarios públicos.
7. **Especialidad:** En la presente investigación el término especialidad se refiere al posgrado en Derecho Notarial y Registral que es requisito para ejercer la función notarial.
8. **Funcionario o Servidor público:** “Toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal o no estatal, a nombre y por cuenta de Esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la respectiva” (Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y su Reglamento, 2010).
9. **Habilitación:** se refiere al reconocimiento de la capacidad de una persona para ejercer su profesión, en el caso de la presenta investigación se considera como la el reconocimiento y posibilidad del notario para ejercer el notariado.

10. **Honorarios:** *“Remuneración que se concede por ciertos trabajos. Generalmente, se aplica a profesionales liberales, en que no hay relación de dependencia económica entre las parte, y donde fija libremente su retribución el que desempeña la actividad o presta los servicios”* (Cabanellas de Torres, 2006).
11. **Incompatibilidad:** *“Prohibición para el ejercicio del cargo, para salvaguardar los principios éticos que regentan el ejercicio de la función pública, evitar los conflictos de intereses y que el interés particular afecte la realización de los fines públicos a que está destinada la actividad de la Administración Pública”* (Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y su Reglamento, 2010).
12. **Notario Público:** *“El Notario público es el profesional en derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función”* (Mora & Weisleder, Código Notarial, 2011).
13. **Notario de Planta o Notario Institucional:** Para la presente investigación, los notarios de planta deben ser considerados como profesionales en derecho notarial y registral que reciben un salario fijo para que ejerzan el notariado de forma exclusiva para alguna institución pública, por lo que tiene prohibido el ejercicio privado de su profesión y el cobro de honorarios.
14. **Principio de Legalidad:** *“Es el sometimiento de toda la actuación pública al ordenamiento jurídico”* (Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y su Reglamento, 2010).
15. **Prohibición:** para efectos de esta investigación se entenderá prohibición como la obligación de no ejercer de forma liberal o privada la profesión por la cual fue contratado. *“Dentro de esta prohibición se entenderán comprendidas las otras profesiones que el funcionario posea, aunque no constituyan requisito para ocupar el respectivo cargo público”* (Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y su Reglamento, 2010).
16. **Salario:** Se refiere a la paga que recibe un trabajador por sus servicios por parte de un patrono.
17. **Sector Público:** *“Es el integrado por el Estado, los órganos y entes de la Administración descentralizada, los entes públicos no estatales y por empresas públicas, cualquiera que sea su forma jurídica e incluso si esta se encuentra constituida como una entidad jurídico-privada, por medio de las cuales la Administración Pública ejerza la iniciativa económica, poseyendo la mayoría del capital social o una posición que le otorgue, directa o indirectamente, el control de su gestión”* (Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y su Reglamento, 2010).
18. **Superposición horaria:** Se refiere a las situaciones donde dos funciones coinciden en el horario en que deben realizarse

Abreviaturas

CN: Código Notarial

DNN: Dirección Nacional de Notariado

LNDF: Ley del Notariado para el Distrito Federal

LCA: Ley de Contratación Administrativa

CDJME: Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho

LCCEI: Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y su Reglamento

Referencia Histórica

Los legisladores costarricenses han requerido de la condición de ser abogados activos para así obtener la autorización del desempeño de las funciones notariales, esto fundamentado en la necesidad de que el notario público debe ser un profesional en derecho que cumpla su función como asesor en temas jurídicos por medio del seguimiento y la correcta interpretación de la ley.

Como se analizará en esta investigación, la función notarial ha tenido la necesidad de responder a las transformaciones de orden social, jurídico y político. En cuanto sus orígenes, pueden hallarse desde la antigüedad cuando el hombre necesitaba dejar constancia de sus actos para que surtieran efecto. Con los años, el Derecho Notarial y Registral se ha convertido en una especialidad que se obtiene por medio de un posgrado que no podría ser alcanzado sin el previo conocimiento del ordenamiento jurídico, por lo que, en Costa Rica, todos los notarios públicos, inscritos en el Registro Nacional de Notarios son abogados y notarios; a excepción de los notarios consulares, a los cuales no se les exige haber cumplido con la especialidad para ejercer.¹

Para referirse al tema del ejercicio del notariado dentro del régimen de servicio público y del ejercicio del notariado en forma privada debe tenerse claro que la incompatibilidad de ambas funciones se encontraba ya establecida desde hace más de doscientos años. La primera ley que estableció los principios del notariado fue la “Ley Francesa del 25 Ventoso”, del 16 de marzo de 1803, definiendo al notario como un funcionario público y la forma en que debía ser ejercida su función incluidas aquí todas sus condiciones o requisitos, hacía mención de la incompatibilidad de la actividad notarial con cualquier otra de empleado público que devengará sueldo o tuviera gratificación.

En España, sucedió algo similar a la legislación francesa, en 1862, se promulgó una ley que hacía referencia a la incompatibilidad del ejercicio notarial con la de empleado público y contemplaba únicamente un tipo de notario calificado como funcionario público, el cual se encontraba autorizado para dar fe de los contratos y actos extrajudiciales.

En Costa Rica, aunque la actividad notarial inició alrededor del año 1821 con la declaratoria de independencia, el 20 de diciembre de 1824, según el Decreto Ejecutivo 27, fueron creadas las escribanías, “*La trascendencia de este decreto radicó en establecer la necesidad de probidad e idoneidad para el cargo, y en reconocerlo como un cargo público*”

¹ Código Notarial, Artículo 3, inciso c.

que no pertenecía al patrimonio de alguien lo que lo hacía invendible e irrenunciable” (Picado & Sobalvarro, 2012).

Ya, a partir del decreto anterior, no podían venderse las escribanías y se estableció la necesidad de que las personas que quisieran ejercer como escribanos debían presentar un examen ante el Poder Ejecutivo. Posteriormente surgió la Ley Orgánica del Notariado, promulgada el 12 de octubre de 1887, la cual fue una adaptación de la ley española de 1962. Esta ley establecía que el notariado sería ejercido por los notarios públicos que soliciten este título ante el Colegio de Abogados y Abogadas, el cual lo extendería automáticamente.

Dentro de los mandatos que establecía la Ley Orgánica del Notariado, el artículo 19 prohibía explícitamente que el ejercicio del notariado se diera junto con el ejercicio de cualquier otro empleo o cargo público que pudiera exigir una dedicación diaria de tres horas o más.

En el año 1986, el artículo 10 del Decreto de Aranceles para Profesionales en Derecho, establecía una limitante legal para que el notario público ofreciera sus servicios a instituciones del Estado bajo la modalidad de pago de salario, ya que estipulaba un deber del notario de cobrar sus honorarios por separado. A partir de aquí, se genera una separación entre el notario y el abogado: el abogado sí puede ser remunerado con un salario fijo pero sus actos notariales deben ser facturados como servicios profesionales incluso por servicios brindados a la Administración Pública.

Antes de que el CN entrara en vigencia, las diferentes entidades públicas contrataban notarios a sueldo fijo mediante su régimen ordinario de nombramiento de funcionarios, según lo establecido por el artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa.

Para entonces, la relación laboral de los “notarios de planta” no existía legalmente, sino que se manejaba la terminología de “abogados de planta”, quienes se acogían a un salario, pero en el caso de ejercer funciones notariales para el Estado, estas se llevaban a cabo mediante un contrato de servicios profesionales, el cual no constituía una relación de empleo público, sino, más bien, se concretaba la prestación privada de un servicio.

Luego de que esta primera ley fuera derogada, entra en vigencia la Ley Número 39 (Ley Orgánica de Notariado) del 5 de enero de 1943. El artículo 9 indicaba claramente lo siguiente: *“Aun cuando sean notarios, no pueden ejercer el notariado los funcionarios y empleados de los poderes Ejecutivo y Judicial, así como los municipales”*. En las excepciones que presentaba esta ley se mencionaba a los profesionales en derecho que desempeñaban labores como profesores, magistrados suplentes, jueces interinos, alcaldes suplentes o interinos, fiscales y los empleados sin sueldo (aquellos que devengaban dietas).

En 1995, la Sala Segunda se pronuncia en contra del notario que trabaje bajo un contrato laboral al decir *“(…)el notario público, en su condición de tal, no puede ser parte de un contrato de ese tipo, pues no puede estar subordinado a un patrono, o sea, obligado a seguir ordenes que emanen de otro sujeto”*² (Sala Segunda, 1995).

² Sala Segunda, Voto Número 102, de las 900 hr, del 31 de marzo de 1995.

La ley había surgido como consecuencia de los conflictos entre el Congreso y el Poder Ejecutivo y por esto sufrió gran cantidad de reformas hasta ser derogada por el Código Notarial que se conoce, el cual se conoce como la Ley 7 764, del 17 de abril de 1998, publicado en La Gaceta, el 22 de mayo de 1998, entrando en vigencia el 22 de noviembre del mismo año.

Este código ha sido considerado como la reforma más importante en el sistema notarial costarricense ya que con él se crean las instituciones que tutelan el correcto ejercicio de la profesión, “...se creó el Reglamento de Administración del Fondo de Garantía de los notarios Públicos, la Dirección Nacional de Notariado (DNN), dedicada a velar por la orientación del notariado costarricense, el Registro Nacional de Notariado, así como el Juzgado y Tribunal Notarial. Así mismo, se indican las sanciones y suspensiones que han recibido los notarios a lo largo del ejercicio de la función notarial” (Picado & Sobalvarro, 2012).

Actualmente, el Código Notarial es muy amplio al limitar el ejercicio notarial, en su artículo 4, inciso “f”, indica un impedimento para: “Quienes ejerzan cargos en cualquier dependencia del sector público” (Mora & Weisleder, Código Notarial, 2011) (el subrayado no es del original).

Profesionales en Derecho: Independencia entre la figura del Abogado y el Notario

Según el Tribunal de Notariado, en su Voto 181-2005, el notario es un profesional liberal, pero que realiza una función pública que le ha sido delegada por el Estado con la finalidad de instrumentar las voluntades de los ciudadanos. El artículo 2 del CN describe al notario público de la siguiente forma: “...es el profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial.” (Mora & Weisleder, Código Notarial, 2011)

Popularmente, existe una percepción errónea de que el abogado y el notario son lo mismo, es importante destacar que, en Costa Rica, todo notario debe haber sido abogado para cumplir con uno de los requisitos fundamentales que se basa en su experiencia y conocimiento de las leyes. De lo anterior, se deriva que un profesional en derecho con especialidad en notariado, pueda ejercer como abogado, como notario o ambas funciones de una manera conjunta y complementaria sin que exista una interdependencia de ambas para poder ejercerlas.

Entre el ejercicio de la abogacía y el ejercicio del notariado se ha desarrollado una especie de simbiosis, ya que para fungir como notario autorizado se debe primero haber obtenido el título de abogado y encontrarse activo ante el Colegio de Abogados de Costa Rica (a excepción de la figura del notario consular). Respecto de este tema, la Sala Constitucional, en su Voto 444, del año 2 000 indica que “...aun cuando el notariado es una profesión diversa independiente de la abogacía, no puede alegarse que el contrato de dedicación exclusiva inhibe, exclusivamente, el ejercicio de la abogacía, por ser esa la profesión para la que fueron contratados, al exigírseles únicamente el título de licenciados en derecho, y no el notarios públicos, tanto la doctrina como la normativa que regula esta materia, son claras en señalar que el objetivo es que el empleado público se dedique en exclusivo a los fines e intereses del Estado, para lo cual se inhibe el ejercicio privado o

liberal de todas las profesiones que ostente el servidor en relación con las funciones que tenga encomendadas y que puedan crear un conflicto de intereses (los de la administración y los de los clientes), motivo por el cual al suscribirse un contrato de dedicación exclusiva no puede distinguirse entre el ejercicio de la abogacía y el notariado pues no puede aislarse y limitarse la fe pública habilitada al notario..." (Sala Constitucional, 2000).

Con los años, el notariado ha evolucionado hasta convertirse en una especialidad del derecho, es por esto que, según lo ha indicado la DNN, al referirse a la abogacía y el notariado: "(...) *todo notario autorizado para ejercer debe ser abogado activo y notario; estableciéndose con el nuevo régimen, una diferencia en cuanto al otorgamiento del título de licenciado en Derecho y el de Especialista en Derecho Notarial y Registral*" (Bogarín Parra, Directriz, 2001). La entrada en vigencia del Transitorio VII del Código Notarial confirma la necesidad de contar con experiencia en la abogacía para poder desempeñar la función de notario, ya que exige al abogado una experiencia de dos años en el ejercicio de su profesión.

Como el notariado se obtiene por medio de una especialización en Derecho, muchos no lo ven como dos profesiones independientes, sino que incluso hacen la analogía del médico y el cirujano, los cuales son ambos médicos de profesión, diferente sería comparar un periodista y un abogado, donde es evidente la diferenciación de las dos profesiones, ya que ninguna deriva de la otra.

El Decreto de Arancel de Profesionales en Derecho 20307-J de 1986, derogado en el 2005, establecía una separación entre las labores de abogacía y notariado, puntualmente su artículo 2 decía: "*Labores de abogacía y notariado. El profesional en Derecho puede prestar sus labores ya como abogado, ya como notario o ejercer ambas funciones de forma conjunta. Tales actuaciones son independientes y deben retribuirse en forma separada*" (el subrayado no es del original)

El hecho de referirse de forma separada a los pagos de los servicios del abogado y del notario indica la independencia existente entre ambas profesiones. Incluso, la ley establece diferentes funciones y responsabilidades para abogados y notarios, tomando en cuenta la naturaleza de la función notarial, la cual debe entenderse como el ejercicio privado de una función pública.³ Sin embargo, el mismo Código Notarial se resiste a separar las dos figuras, ya que el notariado existe como una especialización en derecho que lo convierte en un "grado académico superior para el profesional en derecho" por lo que no se podrían desvincular uno del otro.⁴

Según lo resalta la licenciada Roxana Sánchez sobre el criterio emitido por el licenciado Herman Mora: "*Yo creo que lo más interesante de todo lo que hemos conversado (...) es la diferencia que debe haber del ejercicio de la abogacía y del notariado, porque entonces muchos profesionales en derecho son contratados en las oficinas públicas como abogados, el mismo caso de mis compañeros (...), son asesores legislativos, pero no son contratados como notarios, entonces creo que la diferencia debería hacerse para recalcar más aún o poner más énfasis en el ejercicio del notariado*"⁵

³ Artículo 1, del Código Notarial.

⁴ Artículo 2, del Código Notarial.

⁵ Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, Expediente Legislativo 10 102.

(Sánchez, 1999), es necesario ver el notariado un poco más allá de la especialización pudiera obtenerse en otra profesión.

Según se entiende, el abogado que trabaje para el Estado será remunerado por su dedicación exclusiva y en el caso de que cuente con la especialización en notarial únicamente se le va a reconocer la misma como un grado académico más tal y como podría reconocerse un doctorado, una maestría u otra especialización en la rama de derecho; esto claramente indica que no se reconocerán como dos profesiones independientes, sino que es una misma profesión, la de “Profesional en Derecho”.

Ahora bien, queda claro de que no estamos hablando de dos profesiones, pero sí estamos hablando del ejercicio de una función pública (la que puede ser ejercida de forma privada), y es por esto que se considera que no existe la posibilidad de que el notario cobrara el dinero correspondiente a la prohibición del ejercicio del notariado como consecuencia de su contratación en un cargo de carácter público.

Respecto de este tema, la Sala Constitucional ha dicho que el notariado no debe ser visto como una profesión ni como una especialidad para el ejercicio liberal de la abogacía, sino que es, en definitiva, una función pública con la que el notario voluntariamente se obliga a prestar sus servicios bajo la supervisión del Estado, y siguiendo todos los lineamientos establecidos incluidos aquí también aquellos de carácter restrictivo para el ejercicio notarial.⁶

Naturaleza pública de la función notarial

La forma más sencilla de entender la naturaleza de la función notarial es tal y como lo indica el Código Notarial en su artículo primero donde se define como una función pública ejercida de forma privada. En el análisis de la naturaleza jurídica de la función del notario podría decirse que no es un funcionario público en el tanto no pertenece a la administración pública ni al régimen de servicio civil como tal; sin embargo, su papel como fedatario del Estado, le permite realizar actos en nombre del Estado dentro de las limitaciones establecidas en la ley.

El sistema notarial establecido, en Costa Rica, es el que se conoce como “latino”, esto quiere decir que el notario costarricense debe considerarse como un profesional privado que tiene libertad para desempeñarse en la función notarial, teniendo autonomía a la hora de administrar su oficina y estando obligados a mantener la objetividad y neutralidad en sus actos.

Como se analizará posteriormente, el notariado está regido por principios que le dan su naturaleza pública y lo convierten en un fedatario público, *“Los principios permiten que en Costa Rica la Actividad notarial como función pública, trascienda la mera autenticación de un documento para que sirva de prueba entre las partes de un acto o negocio jurídico; implica la certeza y validez de ese acto o negocio que nace a la vida jurídica y que fortalece la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico en general”* (Picado & Sobalvarro, 2012).

⁶ Expediente 10 102, Acta de Subcomisión 4, del 23 de setiembre de 1996, páginas 1114 a 1116.

Según el pronunciamiento de la Sala Constitucional, la función del notario debe entenderse como una delegación con supervisión del Estado⁷ y tal como se ha concretado puede resumirse sus funciones en asesorar, interpretar y autenticar, lo que los usuarios le soliciten. A diferencia del abogado, el notario debe ser neutral, objetivo y actuar dando fe de lo que se pacta en su presencia; esto lo diferencia de las funciones del abogado, ya que el abogado va a brindar sus servicios a una parte que le solicita su representación, por lo que, difícilmente, la posición del abogado llegue a ser neutral, su trabajo es velar por el debido proceso y la protección de los intereses de la parte a la que representa.

Otro aspecto interesante es que por su naturaleza, el notario público no puede excusarse de prestar sus servicios a ninguna persona (mientras que el abogado sí tiene la libertad de tomar esa decisión en situaciones especiales), su trabajo debe estar enfocado al servicio del público, en general, regido bajo los lineamientos objetivos que establece la ley, y sin tomar parte en el asunto que se le presenta.

La doctrina establece no solo las funciones del notario como las citadas anteriormente, sino que también nos dice “Al dar forma y autenticar actos y negocios jurídicos particulares, el Notario sirve al interés de aquellos, pero al mismo tiempo prevalentemente sirve al interés público o general de que se conserve la paz social mediante la afirmación del Derecho” (Ávila, Estudios de Derecho Notarial, 1962).

Tipos de notarios contemplados dentro de la jurisprudencia costarricense, según lo estipula la Sala Constitucional (Voto 136772 del año 2004)

1. Notario Público bajo el régimen de empleo público: también conocido como notario de planta y que corresponde a los notarios contratados para prestar sus servicios notariales, a cambio del pago de un salario, quienes gozan de dedicación exclusiva o prohibición y tienen prohibido el ejercicio privado del notariado y el cobro de honorarios al Estado por la prestación de dicho servicio.
2. Notario Público que tiene un cargo público y que ejerce privadamente: se trata de aquel notario que, aun teniendo un cargo público, puede mantener una oficina privada, si no tiene prohibición para el ejercicio externo del notariado y si reúne el resto de los requisitos necesarios como ser contratado a plazo fijo, no estar sujeto al régimen de servicio civil, no recibir compensación económica por prohibición o dedicación exclusiva, y no existir superposición horaria. Teniendo como prohibiciones atender asuntos particulares en las oficinas públicas, pero pudiendo realizar actividad notarial para la propia entidad pública si no cobra honorarios.
3. Notario Público contratado por plazo fijo por el Estado: se trata de la contratación administrativa de los servicios profesionales de un notario contratado por alguna institución pública, donde no media la relación de empleo público, sino que es contratado por plazo fijo, cuya retribución es por medio de honorarios (sin salario alguno) teniendo como prohibición ejercer el notariado en más de tres instituciones públicas.

⁷ Voto Número 649-93 de las 14:45 horas del 9 de febrero de 1993

Figura establecida en Costa Rica del Notario de Planta o Notario Institucional

Por muchos años, la contratación de notarios externos por parte de instituciones públicas, dependía básicamente de las vinculaciones políticas con que contaban algunos profesionales en derecho. Como se ha venido analizando, la Sala Constitucional ya se ha pronunciado respecto de esta figura, estableciendo que de los artículos 4, 5, 8 y 8 del CN se genera la posibilidad legal de que un notario trabaje subordinado a un patrono sea este privado o público. La razón por la cual se crea la figura del notario institucional es para llenar las necesidades de actuación notarial que pudiera tener un profesional en derecho al ejercer las actuaciones de su propia competencia.

Según lo ha establecido la Sala Constitucional, *“Es importante recordar que la contratación de servicios profesionales de abogado y notario puede realizarla la administración pública por dos vías: como servidores de la institución mediante un contrato laboral cuya remuneración será un salario, y una compensación económica si se firma el contrato de dedicación exclusiva, supuesto que es el que interesa en esta acción; y la contratación de profesionales en derecho (abogados y notarios), para que presten sus servicios en forma externa, mediante un contrato administrativo de servicios profesionales”* (Acción de Inconstitucionalidad, 2000).

La normativa da una definición del concepto de “notario de planta”, al cual lo cataloga como un notario contratado bajo el régimen de empleo público y sus características podríamos resumirlas de la siguiente forma.⁸El notario de planta es un profesional en derecho contratado por la Administración Pública como notario, cuenta con salario y recibe pago de dedicación exclusiva; se encuentra sujeto al régimen de empleo público, por lo que tiene prohibido el ejercicio privado de la función notarial, así como el cobro de honorarios al Estado y a cualquier particular por prestación de servicios.

Según lo estableció la DNN en los “Lineamientos para el ejercicio y control del Notario Institucional”, la competencia de estos notarios abarca, únicamente, los documentos en que sea parte la institución para la cual trabajan, y así mismo se encuentra autorizado a desempeñar todas las labores descritas en el artículo 34 del CN, siempre dentro del marco de la entidad pública contratante.

Por su lado, la DNN considera que esta forma de ejercer el notariado es creación de la interpretación segmentada del CN por parte de la Sala Cuarta y que desnaturaliza la actividad notarial, su control y su organización.

A lo anterior, la Sala ha dicho que la DNN desconoce los antecedentes legislativos del propio CN, *“...tradicionalmente el notario ha sido considerado una forma de ejercicio privado de la función pública, al emitirse el Código se tiene particular cuidado en establecer la posibilidad de que los entes públicos contraten notarios bajo el régimen de empleo público”* (Sala Constitucional, 2008). Sin embargo, la DNN enfatiza el hecho de que el notariado público es la función pública ejercida privadamente y que la contratación de un notario de planta es una excepción complicada, ya que permite el ejercicio del notariado como función pública en la cual se estaría poniendo en peligro el interés público

⁸ Reglamento para el Ejercicio del Notariado Institucional del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo, artículo 1

a lo que la Sala ha respondido: *“...el ejercicio del notariado bajo el régimen de empleo público, para la entidad pública y sujeto a ciertas particularidades tiende a proteger la función pública, en la medida en que tiende a satisfacer las necesidades de esta”* (Sala Constitucional, 2008).

Según lo expresó la DNN, en el artículo 20, de “Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial”, *“De conformidad con el principio de legalidad, el Código Notarial sólo permite una forma de ejercicio del notariado: el notario activo que brinda privadamente el servicio en forma plena, quien se identifica con una oficina abierta al público, sin sujeción de horario o relación de empleo actuando por principio de rogación y adecuando la voluntad de los interesados”* (Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial, 2007); sin embargo, dentro de los mismos lineamientos, en el artículo 21, se habla de una forma excepcional de ejercer el notariado al prestar servicios al Estado devengando un salario fijo.

Según el párrafo anterior se podría interpretar que esta figura únicamente existe dentro del empleo público, ya que ahí es donde se encuentra más reglamentado, pero, según el licenciado Herman Mora Vargas, cada vez son más las instituciones privadas que se rigen bajo los mismos lineamientos al contratar los servicios de un profesional en derecho.

Esta figura surge como respuesta a la necesidad de cortar con el tráfico de influencias que se daba con la contratación de los notarios externos en instituciones públicas y para reducir los costos en trámites legales para los usuarios de los servicios públicos. Aunque el Código Notarial en su artículo 4, inciso “f”, presenta un impedimento para ejercer el notariado si se trabaja como funcionario del sector público, la Ley de Contratación Administrativa, en su artículo 67, autoriza a las entidades públicas a contratar profesionales bajo un sueldo fijo para la formalización de sus operaciones, los avalúos, peritajes atención de diligencias judiciales o administrativas.

Según el artículo 67, de la Ley de Contratación Administrativa, tanto los bancos estatales como otras instituciones públicas pueden contratar a un profesional en derecho, específicamente un notario en ejercicio, para que trabaje devengando un salario fijo y sin cobrar honorarios adicionales por las labores que lleva a cabo. Al respecto, los “Lineamientos para el ejercicio y control del Notario Institucional”, en su artículo 5, dice *“En ningún caso el notario de planta puede cobrar honorarios a institución pública para la cual labora por la prestación de sus servicios. El ámbito de competencia de los notarios en régimen de empleo público se limita a la actividad ordinaria del ente patronal y para el ejercicio de su función notarial sólo podrá utilizar el protocolo institucional que le fue autorizado para esas funciones”* (Dirección Nacional de Notariado, 2012).

Según los Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial de la Dirección Nacional de Notariado, en su artículo 25, puede definirse al notario institucional de la siguiente forma: *“Notario autorizado para brindar el servicio únicamente para el Estado, con remuneración fija, dedicación exclusiva y sujeto al régimen de empleo público. Está expuesto a control, publicidad, requisitos, prohibiciones, impedimentos y régimen disciplinario. Debe satisfacer, mensualmente, el fondo de garantía y usar los mecanismos de seguridad que establece el Código Notarial y los que determine la Dirección Nacional de Notariado”* (Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial, 2007).

Por medio de la figura del notario institucional, el Estado se beneficia al tener a su disposición a un profesional a cambio de un salario fijo, lo cual hace más fácil presupuestar los gastos legales, ya que estos notarios no cobrarían honorarios adicionales a su salario.

Derecho comparado: La intervención del notario mexicano en asuntos de la administración pública y entidades del Gobierno

En México, al igual que en Costa Rica, el notario es *“...el profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos de su autoría”* (Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 2000).

Aunque sus funciones sean las mismas que las del notario costarricense cabe destacar que la forma en que operan es diferente y una de las diferencias es que jurídicamente la figura del notario institucional es inexistente. En México, el tema de la Administración Pública es un poco más complejo, hay que diferenciar lo federal de lo estatal, por lo que debe tomarse en cuenta si la función del notario va a llevarse a cabo para dependencias del Gobierno Federal, organismos públicos descentralizados u otras dependencias.

Al analizar la forma en que operan, cabe aclarar que la materia notarial, así como la civil y registral se encuentran dentro de un régimen de materia local, donde cada entidad federativa o cada uno de los estados que conforman la República Mexicana tienen la libertad de regular o emitir la normatividad que deseen por lo que, aunque todos los notarios mexicanos se rigen por las mismas bases, cada uno tiene formalidades específicas, según el estado para en el cual fue autorizado a ejercer.

En la presente investigación se analizará la figura del notario en el Distrito Federal, tomando como base la Ley del Notariado para el Distrito Federal y la entrevista aplicada al Licenciado Mauricio Zavaleta, abogado y notario de la Notaría 133, del Distrito Federal de México.

En México, la función del notario se encuentra regulada por el gobierno local como, por ejemplo, el Gobierno del Distrito Federal, donde incluso las patentes de notario son expedidas por el jefe de gobierno del Distrito Federal o gobernante tal como lo establece el artículo 4 de la Ley de Notariado (LNDF): *“Corresponde al Jefe de Gobierno la Facultad de expedir las patentes de notario y de aspirante a notario, conforme a las disposiciones contenidas en la presente ley”* (Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 2000).

El notariado es una garantía institucional que se encuentra establecida dentro de la Constitución para la Ciudad de México, por lo que le corresponde a la Asamblea Legislativa regular y supervisar la función notarial mediante su Comisión de Notariado; al ser el notariado una garantía institucional, dentro del marco del notariado latino, la profesión del notario es vista como un tipo de ejercicio profesional del derecho que debe ser imparcial, calificado, colegiado y libre, por lo que la Comisión de Notariado debe velar porque la imparcialidad y probidad se extienda a todos los actos en los que intervenga un notario.

“Actualmente, en México, no existe una figura en la cual el notario pueda ser contratado a tiempo completo por una institución pública devengando un salario y sin capacidad de cobrar honorarios. La función notarial tal y como se indica en la ley del notariado de Distrito Federal, es ejercida por un particular que debe contar con independencia e imparcialidad para ejercer de forma ética su profesión” (Zavaleta, 2012).

Tal y como lo indicó el licenciado Zavaleta, la figura del notario institucional no existe en la legislación mexicana y más bien en la ley se prohíbe el sometimiento de un notario a un patrono sea este público o privado; también, es prohibido para los notarios recibir un sueldo por sus servicios, teniendo que limitarse en todos los casos a recibir únicamente el pago de sus honorarios, según lo establecido en la tabla de aranceles, según los artículos 13 y 14 de la LNDF.

En México, los notarios se rigen por los honorarios pactados en una tabla de aranceles que emite la propia Asamblea Legislativa, en la cual no se establecen bases o topes para los cobros, sino que se considera los montos exactos que deben ser cobrados según el servicio que presten.

En el caso de que una institución pública solicite los servicios de un notario para asuntos de orden público, o bien social, los honorarios serán establecidos por el Colegio de Notarios en conjunto con la entidad pública tal y como sucede con los programas de fomento vivienda y regularización de la tenencia de la propiedad inmueble. Este sistema permite beneficiar al usuario del servicio notarial, sin generar una subordinación entre el notario y la institución pública que requiere sus servicios.

Cuando se trata de actos a nivel nacional y que se encuentran regidos por la Ley General de Bienes Nacionales, no en todos los actos, donde participe la Federación o los Estados va a necesitarse la intervención de un notario. En los casos donde efectivamente, se requiere no se llama a un notario ordinario, sino que se realizan por medio de un “Notario del Patrimonio Inmobiliario Federal”, quienes son los mismos notarios ordinarios, pero con una autorización especial para actuar y se diferencian, porque escrituran en un protocolo especial, siempre regidos bajo las mismas normas y principios del notario público común.

El notariado, al igual que sucede en Costa Rica, se obtiene por medio de una especialización; sin embargo, esta especialización no se obtiene por medio de una formación académica adicional, sino que el sistema mexicano establece una serie de requisitos y dentro de ellos el principal es el examen conocido como “Evaluación de Aspirante a Notario” el cual luego de ser aprobado el postulante, debe competir con todos los demás que presentaron el examen para así lograr ganar una “Patente de Notario”. Por medio del examen realizado a los aspirantes de notarios se busca no solo la especialización, sino también la excelencia.

El punto medular de la figura del notario en México es su independencia funcional, la cual le impide cualquier tipo de subordinación. El artículo 32 de la LNDF puntualmente indica: *“... el ejercicio del oficio notarial es incompatible con toda dependencia a empleo, cargo o comisión público, privado o de elección popular, y con el ejercicio de la profesión de abogado en asuntos en que haya contienda. El notario tampoco podrá ser comerciante, ministro de culto o agente económico de cualquier clase en términos de las leyes respectivas.”* (Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 2000). Por esto, al ser nombrado

en un cargo público, el notario debe solicitar una licencia para ausentarse de su cargo y se nombra un suplente que daría continuidad al protocolo.

Del texto anterior, se desprende la importancia no solo de la independencia, sino también de la imparcialidad que debe imperar, siendo que, incluso, se encuentra limitado el ejercicio de la abogacía en las situaciones en que exista contienda. Como ya se ha analizado en la presente investigación, la figura del notario debe ser independiente a su figura como abogado, ya que la abogacía debería ser considerada únicamente como un requisito para optar por una especialidad en notariado, siendo que el artículo 32, hace esta diferenciación en la legislación mexicana al limitar la acción del notario a todo aquello que no implique litigio.

El artículo 31 de la LNDF indica que una incompatibilidad de la función notarial con cualquier tipo de restricción de la libertad personal, las facultades de apreciación e incluso la limitación de la expresión. Así mismo, la figura del notario institucional tal y como se conoce en Costa Rica, no podría nunca llegar a darse dentro de la legislación mexicana, ya que el artículo 40 del LNDF impide al notario tener su oficina abierta al público, pero vinculada de cualquier forma a una institución o incluso a otro profesional al decir: *“El Notario, para el ejercicio de su función, únicamente podrá establecer una oficina, sin que pueda hacerlo al interior de un despacho de abogados u otros profesionales, empresas u oficinas públicas”* (Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 2000).

Servicio Público: sus limitaciones e incompatibilidades con el ejercicio privado de la profesión

Las incompatibilidades conllevan un trasfondo moral que busca limitar la acumulación de facultades en una sola persona, resumiéndose en el intento por evitar la colisión entre los intereses públicos y privados. Es importante fundamentar este apartado, delimitando la diferencia entre el régimen de dedicación exclusiva y el régimen de prohibición por los cuales muchos de los funcionarios públicos reciben una remuneración adicional en su salario, pero que, efectivamente, los limita en el ejercicio de su profesión de diferentes maneras.

El artículo 4 del Código Notarial en su inciso “f” establece como impedimento para el ejercicio de la función notarial a *“...quienes ejerzan cargos en cualquier dependencia del sector público, incluso en las estructuradas según modelos organizacionales del Derecho Privado, en los que se prohíba el ejercicio externo del notariado”* (Mora & Weisleder, Código Notarial, 2011) Aquí cabe recordar que en los casos de la Administración Pública es necesario que todo se encuentre explícitamente permitido, ya que no procede asumir que lo que no está prohibido se encuentra tácitamente permitido. Como excepción al artículo 4, se presenta el artículo 5 del mismo cuerpo normativo, el cual en su inciso “d”, menciona los casos de aquellos notarios que se encuentran contratados a plazo fijo, pero sin estar bajo el régimen de Servicio Civil por lo que no existe prohibición o dedicación exclusiva para el ejercicio del notariado.

Estas limitaciones, también, se encuentran previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, específicamente, en el artículo 9, el cual no solo prohíbe a los funcionarios y empleados del Poder Judicial desempeñar cualquier otro empleo público y en su inciso primero dice que se prohíbe *“Ejercer, fuera del Poder Judicial, la profesión por la que*

fueron nombrados, con derecho a recibir por ello, en los casos en que legalmente corresponda, pago por dedicación exclusiva o prohibición, aunque estén con licencia, salvo en los casos de excepción que esta ley indica” (Ley 7 333, 1993).

En el año 2006, la Sala Constitucional analizó la condición que presentan los funcionarios públicos que quieren, además, ejercer su profesión de notarios fuera de la institución para la cual laboran, en su momento, la Sala consideró que estos profesionales estaban viendo de forma aislada el artículo 4 inciso “b” del CN cuando lo correcto sería analizar este artículo vinculándolo con el artículo 5 inciso “d” del mismo cuerpo normativo. Al respecto, el Voto 9 037, del 27 de junio dice: *“En efecto, la regla general es que los funcionarios públicos que trabajen en instituciones donde se prohíbe el ejercicio del notariado, no pueden dedicarse a tal actividad. Sin embargo, el hecho que un funcionario trabaje en una institución donde no existe tal prohibición, no le otorga per se derecho a realizar la actividad notarial, pues además su caso debe ubicarse dentro de las excepciones establecidas en el numeral 5 inciso “d” del código, es decir, debe estar nombrado a plazo fijo, excluido del régimen de servicio civil, no gozar de sobresueldo ni compensación económica por prohibición o dedicación exclusiva y no tener superposición horaria” (Sala Constitucional, 2006).*

Régimen de dedicación exclusiva

La definición más completa la da la Sala Constitucional en su Voto 2312 de 1995: *“...se tiene que la dedicación exclusiva se define como el régimen de beneficios recíprocos pactado entre el Estado y sus servidores de nivel profesional, y que tiene como fin que el servidor pueda optar por no ejercer su profesión fuera del puesto que desempeña, a cambio de una retribución patrimonial adicional al salario. Por su parte, la Administración obtiene la completa dedicación del servidor a la función pública” (Sala Constitucional, 1995).*

Básicamente, con este régimen, lo que la Administración busca es tener personal dedicado de forma exclusiva y permanente a la función estatal para velar, primordialmente, por el interés público al procurar la contratación de la fuerza laboral más eficiente.

Las personas que se acogen a este régimen lo hacen de forma voluntaria, ya que en el momento en que se les ofrece algún puesto público, se les debe informar el salario y cualquier monto adicional que les corresponda por concepto de dedicación exclusiva, así el interesado puede calcular si en el ejercicio privado de su profesión sus ingresos son mayores o menores que la compensación que podría recibir del Estado por sus servicios.

Del párrafo anterior se desprende que la aceptación de la dedicación exclusiva se da por la aceptación voluntaria, por lo que la Sala Constitucional no considera que esto sea violatorio de los derechos fundamentales ni de la legislación laboral existente en el país, la Sentencia 2622 del año 1995 dice: *“En razón de lo expuesto, si el servidor se encuentra disfrutando de la dedicación exclusiva y, posteriormente, tiene que renunciar a ese beneficio porque solicita un permiso para ejercer de forma privada su profesión, no encuentra la Sala que esto lesione la norma del artículo 28 de la Constitución, toda vez que el ejercicio privado de su profesión no se encuentra limitado salvo que por su voluntad decida recibir la compensación económica que le corresponde a cambio de dedicarse exclusivamente a trabajar para la institución a la que labora” (Sala Constitucional 1995).*

La dedicación exclusiva se acepta de forma voluntaria y es negociada entre las partes, por lo que no puede afirmarse que es la propia dedicación exclusiva la que limita al notario, sino que en su condición de profesional liberal, con base en sus principios y deberes éticos es el propio notario quien acepta las condiciones y se compromete con la institución pública para la cual labora a no ejercer sus funciones de forma particular, ni siquiera en los casos en que se solicitarán sus servicios *ad honorem*.

Régimen de prohibición

El Régimen de prohibición conlleva un trasfondo moral y ético en el cual su principal objetivo es que un funcionario público no pueda ejercer en su propio beneficio, algunos juristas consideran que es una medida que nació como una forma preventiva para evitar la existencia del conflicto de intereses en la función pública. En el Voto 3502 de 1994, la Sala Constitucional hace una reflexión sobre este tema al decir: *“...si el conflicto de intereses no es admitido por la Constitución ni las leyes, cómo puede infringir ese valor. ¿No sería esto una compensación en dinero por no quebrantar la Constitución y las leyes?”* (Sala Constitucional, 1994)

A diferencia del régimen de dedicación exclusiva, el régimen de prohibición es un impedimento legal al cual la Sala Constitucional en su Voto 444, del año 2000, describe de la siguiente forma: *“...el régimen de prohibición constituye un impedimento legal para que el funcionario público ejerza en forma liberal la profesión, de modo que el funcionario no tiene ese ámbito de decisión que caracteriza al régimen de dedicación exclusiva: obligatoriamente está sujeto a lo dispuesto en la ley. En virtud de su naturaleza jurídica, bien puede decirse que la prohibición es inherente a la relación de servicio público”* (Sala Constitucional, 2000).

Este régimen se basa en los principios de imparcialidad, legalidad y objetividad que se encuentran, en el artículo 11 de la Constitución Política, donde se establecen las bases de la función pública y del cual se desprende la incompatibilidad entre el ejercicio privado de un funcionario público por el riesgo de generar un conflicto entre los intereses públicos y privados.

La prohibición se genera de la incompatibilidad de intereses, tal y como se analiza en esta investigación, la legislación costarricense establece la imposibilidad de desempeñar al mismo tiempo dos puestos o funciones por la necesidad que existe de que los servidores públicos cuenten con independencia para asegurar su imparcialidad.

Otra diferencia que existe entre la dedicación exclusiva y la prohibición, es que aunque ambas significan el pago de una compensación salarial adicional para el funcionario público, en el caso de la prohibición el monto ya se encuentra integrado en su salario y no existe posibilidad de negociación, ya que es inherente a su condición de servidor público en los casos ya preestablecidos por la ley.

Sobre este tema, el 9 de febrero de 1993, en su Voto 649, la Sala Constitucional dice que *“...lo que se ha venido considerando como una prohibición, debe entenderse más correctamente como una situación de conflicto entre ser funcionario público y simultáneamente ejercer otra función -que también es pública- como es la del Notario. Esta incompatibilidad es insoslayable, si tenemos en cuenta que la función pública merece protección y, así, incluso se ha estimado siempre, como al funcionario público le veda desempeñarse en otra función o trabajo, en el tanto pueda menoscabar el estricto*

cumplimiento de sus deberes, o comprometer su imparcialidad o su independencia". (Sala Constitucional, 1993).

Oficina abierta al público

El ejercicio del notariado es una función que se lleva a cabo bajo la delegación y supervisión del Estado, pero que en su naturaleza debe ser ejercida de forma independiente de lo cual se desprende la necesidad de que cuente con una oficina abierta al público. Sobre este tema, la Sala Constitucional, en su Voto 649, del 9 de febrero de 1993 ha dicho: *"Ahora bien: si debe tener oficina abierta al público y estar disponible a la prestación del servicio, por el tipo de función que ostenta, no se concibe cómo pueden coincidir en el tiempo la prestación de servicios a la administración pública (como tal servidor público) y el ejercicio de la función notarial que, a su vez, implica tener una oficina abierta, en la que no podrá estar presente la mayor parte del tiempo"* Sala Constitucional 1993).

Al ser necesario contar con oficina abierta al público, y estar disponible para ofrecer sus servicios, se vuelve prácticamente imposible ejercer un puesto en una oficina de la administración pública al mismo tiempo, que se ejerce como notario privado, especialmente si se toma en cuenta el artículo 7 del Código Notarial que prohíbe de forma explícita atender asuntos profesionales de particulares dentro de las oficinas de la Administración Pública.

Igualmente, en el Voto 649, Sala Constitucional ha destacado una imposibilidad de contar con oficina abierta al público al mismo tiempo, que se prestan servicios a la Administración contratado como servidor público, ya que es, materialmente imposible la presencia del notario en su oficina para atender a los usuarios, al respecto indica: *"Desde el ángulo estrictamente jurídico es imposible encontrar conciliación en la prestación del doble servicio: uno, la prestación del servicio al Estado, como funcionario de planta, que implica dedicación, simultáneamente con otro, el ejercicio de la función notarial (revestida de un carácter igualmente público), en oficina diferente, abierta a una clientela, pero que, asimismo, de principio implica dedicación a ella, pues requiere el despliegue de actividad adicional fuera de la oficina profesional"* (Sala Constitucional, 1993)

En el aspecto jurídico, podría concluirse que existe un "doble servicio": primeramente existe un servidor público que brinda servicios al Estado seguido de una función notarial que está definida como la función pública ejercida de forma privada (pero igualmente, cuenta con carácter público).

Aunque pareciera que la ley establece una prohibición para ejercer el notariado de forma privada siendo al mismo tiempo un "notario de planta", esto debe verse más como una incompatibilidad de papeles establecido por el jurista.

Problemática de carácter ético en el ejercicio del Notariado de Planta

Con la contratación de notarios de planta, las instituciones bajan costos de operación y ese beneficio es transmitido a sus usuarios; sin embargo, el mayor

cuestionamiento de la figura del notario institucional es ¿cómo garantizar la objetividad e imparcialidad del notario cuando se encuentra subordinado?

Según lo ha dicho la Sala Cuarta, *“...no solamente hay imposibilidad de tipo material para simultáneamente estar prestando un servicio al Estado, como funcionario de planta, y ejerciendo libremente la profesión del notariado sino que hay de por medio un problema ético con el desempeño de ambas funciones, porque se estaría dañando el interés público”* (Sala Cuarta, 1993).

Una vez establecida la existencia de un problema ético-moral en el ejercicio del notariado liberal y el notariado bajo el régimen de servicio civil, aquí cabe analizar los aspectos que atañen directamente a la figura del notario de planta como tal en el ejercicio de sus funciones, al margen de lo que establece la legislación costarricense.

La DNN, en los Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial, capítulo primero, detalla los principios éticos que deben regir la función de todo notario, por lo cual su análisis puntual desde la perspectiva del notario de planta, es una parte medular de la presente investigación.

Obligación de servicio y rogación

Los notarios no pueden negar el servicio a los usuarios de forma arbitraria, para esto, el artículo 1 de los lineamientos indica que los únicos motivos para negar el servicio pueden ser *“...excusa justa, moral o legal”* (Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial, 2007) esto fundamentado en el hecho de que los notarios como concededores de la ley deben negarse a efectuar actos contrarios a ella, ya sea porque sean considerados ilegales o ineficaces.

En el caso de los notarios de planta, la obligación de servicio sí se practica, aunque podría verse distorsionada en el sentido de que los actos se llevan a cabo bajo los lineamientos de un patrono el cual podría, eventualmente, negar los servicios de su notario de planta para un trámite en particular, sin que pueda darse la libre aceptación por parte del notario.

El punto anterior lleva al tema del principio de rogación, el cual implica que el notario no puede actuar de oficio, sino solo a solicitud de la parte, en el caso de los trámites realizados por el notario, de planta, la parte que solicita los servicios es el patrono del notario ya que es él quien va a solicitar los servicios contemplados dentro del pago de un salario ya establecido.

Según lo expresó la Dirección Nacional de Notariado, *“De conformidad con el principio de legalidad, el Código Notarial solo permite una forma de ejercicio del notariado: el notario activo que brinda, privadamente, el servicio en forma plena, quien se identifica con una oficina abierta al público, sin sujeción de horario o relación de empleo, actuando por principio de rogación y adecuando la voluntad de los interesados”* (Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial, 2007)

El problema que aparece dentro del principio de rogación es que, muchas veces la figura del notario de planta no permite que las partes puedan elegir libremente a quien solicitan los servicios, esto implica que una de las partes puede verse en desventaja.

El artículo 3 del CN, inciso e, enumera dentro de los requisitos para el ejercicio del notariado, la necesidad de contar con una oficina abierta al público, esto se da, según la DNN, porque *“...el arraigo del notario a una oficina abierta al público consolida el hecho de que en materia notarial, no existe intermediación alguna”* (Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial, 2007), lo cual no aplica en el caso de los notarios de planta, ya que los usuarios que solicitan sus servicios lo hacen por medio de la intermediación del patrono del notario.

Conciencia de función e implicaciones

El notario en general, con sus implicaciones, requisitos, condiciones y deberes es un tema muy amplio, pero que, sin embargo, pareciera quedar claro, ya que la Especialidad en Derecho Notarial y Registral vino a fortalecer la formación de estos profesionales.

El problema se presenta al no tener claro lo correspondiente al notario de planta, ya que luego de los pronunciamientos de la Sala Constitucional y de las directrices emitidas por la DNN, pareciera existir duda respecto de limitaciones, funciones e implicaciones.

En el año 2005, la licenciada Alicia Bogarín, en su función de directora de la DNN, emitió una directriz que indica lo siguiente: *“Los profesionales en derecho que sean contratados por la Administración para ejercer, el notariado en la modalidad de “notario de planta”, deberán apersonarse en forma obligatoria ante la Dirección de Notariado a partir de su nombramiento o reconocimiento en dicha condición, **a efecto de que esta autoridad analice cada caso en particular** y determine si no existen aspectos de orden legal que impidan al notario la prestación de los servicios notariales bajo esta modalidad instituida por la Sala Constitucional.”* (Bogarín Parra, Directriz, 2005). El texto resaltado en negrita, afirma la necesidad de analizar cada caso y, por esto sería erróneo pensar que los lineamientos para el ejercicio del notariado de planta se encuentran bien definidos y dan claridad a los notarios sobre sus implicaciones al ofrecer servicios a la administración pública.

Imparcialidad, asesoramiento y secreto profesional

La imparcialidad puede ser definida como: “Actuar de manera objetiva e imparcial en relación con las partes que intervengan en los actos otorgados, apegados a los valores de integridad, coherencia, honestidad y transparencia” (Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial, 2007). El notario debe atender las necesidades de las partes en condición de igualdad a la hora de brindar un asesoramiento legal, asegurando que, realmente exista voluntad de las partes, dándoles así la garantía de seguridad.

La mayor disyuntiva que puede experimentar el notario de planta, aunque fuera contratado como abogado y no como notario en el puesto público, es volverse parcializado en su criterio para beneficiarse, personalmente, por existir conflicto de intereses.

Sobre este tema, la Sala Constitucional ha dicho que: *“...bien puede afirmarse que el requisito de imparcialidad de la actuación del notario público es esencial a la función pública que ejerce, y constituye el bastión de la misma (...). Se trata de dotar de cierta independencia a la función que realiza en tanto corresponde asesorar a las personas*

sobre la correcta formación de su voluntad de conformidad con el ordenamiento jurídico, motivo por el cual se exige una gran dosis de moralidad (...)” (Acción de Inconstitucionalidad, 2000).

El notario debe ser imparcial y apearse estrictamente a la ley, por lo que la “doble función pública” (notario público en cargo público) puede comprometer la imparcialidad del notario y la independencia con la que debe emitir su criterio como asesor legal. El ejercicio de una función pública conlleva a una exigencia moral por parte de sociedad para velar por el interés público que debe estar por encima de los intereses privados.

La Procuraduría General de la República, en el año 1999, hizo mención del Voto 3502-94 de la Sala Cuarta al analizar el contenido ético que envuelve el tema de “conflicto de intereses” al decir que *“...destacando que las normas, valores y principios constitucionales, instauran de manera clara y precisa, los motivos para exigir la imparcialidad en funcionamiento del Estado. Además, no está permitido a ningún servidor estatal, en ejercicio de sus competencias, actuar en su propio beneficio o del de sus clientes o familiares, según sea el caso, porque qué mayor agravio que ser perjudicado por aquel empleado público contratado precisamente para amparar sus derechos, pero que, a su vez, representa a la parte contraria. Esto no es más que la denegación de auxilio y de justicia en vía administrativa”* (Opinión Jurídica, 1999).

La Sala Constitucional define la Incompatibilidad como *“...la imposibilidad de desempeñar al mismo tiempo dos puestos o funciones...”* (Voto Sala Constitucional, 1995). Esta calificación se da no solo por los aspectos materiales de la doble función, sino más que nada por la incompatibilidad desde el punto de vista moral que busca limitar la acumulación de facultades otorgadas por el Estado a una sola persona, buscando una armonía en el ejercicio de la profesión sin que medie un conflicto entre los intereses privados y los intereses públicos.

El artículo 5, sobre los lineamientos para el ejercicio notarial, indica como parte de los principios éticos el notario debe *“Dar un asesoramiento, cuyo contenido esté definido por las normas que rigen la materia y los principios de transparencia, probidad y lealtad al usuario. El servicio debe ser seguro y eficaz, tanto respecto del documento como de su legitimidad, todo lo cual está sujeto al secreto profesional”* (Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial, 2007).

En resumen, debe enfatizarse que el requisito de imparcialidad de la actuación del notario público es esencial y debe verse como la base de sus principios junto con el principio de rogación, sin sujeción a horario (ya que cualquier día y hora es hábil), oficina abierta y secreto profesional. Todo lo anterior, ligado a la disponibilidad que debe tener el notario para que en el ejercicio de sus funciones pueda llevar a cabo todos los estudios registrales y trámites necesarios para asegurar la ejecución de los actos apegados a los requerimientos de ley.

Honorarios del Notario Público

Según los lineamientos para el ejercicio y control del servicio notarial de la Dirección Nacional de Notariado, en el artículo 8, el notario debe seguir los lineamientos establecidos en el arancel respectivo para el cobro de sus honorarios a excepción de los

notarios que trabajan bajo el régimen de servicio público, los cuales únicamente recibirán un salario establecido.

El hecho de que los notarios que ejerzan su profesión en un cargo público se encuentran imposibilitados para cobrar los honorarios correspondientes a sus servicios se fundamenta en lo establecido por el artículo 23 de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, promulgada en 1983, la cual establecía que *“los funcionarios y empleados de poderes públicos y de las instituciones autónomas, de las universidades y de las municipalidades, que devenguen porcentajes de su salario o sumas de otra índole como indemnización por el no ejercicio particular o privado de su profesión, no tendrán derecho a percibir honorarios por los servicios profesionales que brinden en el ejercicio de sus funciones”* (Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, 1983).

En la actualidad, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, reafirma lo que se establecía en 1983, ya que, en su artículo 16, establece que *“...los servidores públicos sólo podrán percibir las retribuciones o los beneficios contemplados en el régimen de Derecho Público propio de su relación de servicio y debidamente presupuestados. En consecuencia, se les prohíbe percibir cualquier otro emolumento, honorario, estipendio o salario por parte de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, en razón del cumplimiento de sus funciones o con ocasión de estas, en el país o fuera de él”* (Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y su Reglamento, 2010). Este artículo se encuentra respaldado por el reglamento de esta ley en su artículo 32.

El artículo 67 de la Ley de la Contratación Administrativa, reformada el 22 de julio de 1995, autoriza a las entidades públicas para que nombren a sueldo fijo a los funcionarios idóneos para el cumplimiento de las funciones que se requieran; sin embargo, en esta ley también queda prohibido el pago por concepto de honorarios.

El impedimento sobre el cobro de honorarios se encuentra fundamentado en temas de ética y moral, pero su punto medular está en el principio de la sana administración de fondos públicos. A pesar de las leyes y las referencias éticas y morales dictadas por diferentes autoridades, existe una excepción al impedimento de cobro de honorarios que se encuentra en el artículo 7 del CN inciso “b” párrafo segundo y en el cual sí se contempla el cobro de honorarios por servicios notariales en la formalización de escrituras relacionadas con fondos de ahorro y préstamo que funcionen adscritos a la institución, y que no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal.

En el caso de las escrituras que menciona el artículo 7 del Código Notarial, según la apreciación del licenciado Herman Mora, el problema radica en el “tiempo” y no tanto en los honorarios, por lo que tiene más relación con el tema estatutario laboral, porque de existir dedicación exclusiva o prohibición quiere decir que se está recibiendo un sobresueldo para que el funcionario no tenga ningún otro asunto que lo ocupe o lo distraiga de sus funciones dentro de la institución.

Enriquecimiento Ilícito

Una persona que mantenga un nombramiento en un cargo público debe ser considerada un funcionario público independientemente de que reciba o no un salario de parte de la administración pública y esto puede confirmarse con lo establecido en el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública el cual establece: *“Es servidor*

Público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva”

Este tema es parte de la presente investigación, ya que el CN permite que los notarios de planta reciban un salario, pero también pueden cobrar honorarios por la formalización de escrituras de fondos de ahorro y préstamo, lo cual podría ser mal interpretado como enriquecimiento ilícito.

Primeramente, cabe aclarar que el pago lo realizarían terceros, y no la entidad que ha contratado al notario, seguido de esto, al ser algo que se encuentra contemplado en el CN, el artículo 7 de este cuerpo normativo puede ser considerado como una excepción a lo que describe el artículo 45 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (LCCEI).

Esta excepción aplica, únicamente cuando no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal, por lo que no podría asegurarse que el notario fue contratado para realizar estos actos, situación por la cual tampoco sería correcto afirmar que se trata de una “doble paga”, ya que estos servicios no están contemplados dentro del salario que el profesional estaría recibiendo.

Definición de actividad ordinaria de la Administración

Con la gran variedad de funciones y obligaciones que se desprenden de la Administración Pública, según lo ha dicho la Sala Constitucional, puede definirse como actividad ordinaria “...sólo la que realiza la Administración Pública dentro del ámbito de su competencia por medio de una actividad o servicio (prestación última para el cumplimiento de sus cometidos)” (Sala Constitucional, 1977).

De una forma más puntual, en el año 1996, en la acción de inconstitucionalidad, expediente 96-004753-007-CO-P, interpuesta por la Contraloría General de la República, se indica que la actividad ordinaria es todo aquello que el ente administrativo realice siempre y cuando se encuentre dentro del ámbito de su competencia, a modo de ejemplo, la Sala Constitucional ha dicho: “...a modo de ejemplo, es actividad ordinaria la venta de contratos de seguros por el Instituto Nacional de Seguros, los contratos de cuenta corriente con los bancos públicos, los contratos de servicios de telefonía con el Instituto Costarricense de Electricidad” (Acción de Inconstitucionalidad, 2000).

La figura del Notario Institucional en la actualidad y sus posibles reformas al Código Notarial

Con el pronunciamiento de la Sala Cuarta en su Voto 4444-2000, la figura del Notario de planta quedó establecida y aceptada en Costa Rica, por lo que proponer una reforma al Código Notarial que incluya la eliminación de este tipo de ejercicio del notariado podría ser considerado como nadar contra corriente.

Existe aún una tendencia por parte del licenciado Jaime Weisleder por trabajar en una posible reforma, ya que, según su opinión, debe restaurarse la figura del notario pese

a que la Sala Constitucional ya emitió su criterio y establece las tres diferentes formas de ejercer el notariado.

¿Concretamente cuál es el conflicto que existe en la actualidad?

En el mundo existen distorsiones en derecho notarial, tal y como lo indica el licenciado Mora, “...*existen países muy grandes con una cantidad pequeña de notarios y países pequeños con una cantidad muy elevada de notarios; esto quiere decir que todos los países presentan asimetrías y distorsiones, en Costa Rica, existen varias y bien significativas*” (Mora, 2012).

Parte de la problemática que cita el licenciado Mora, es que la figura se presta para que existan “maquilas de notarios”, donde un grupo de notarios se dedica a cartular “a granel”, así como sucede con empresas privadas como las agencias vendedoras de autos donde se realizan muchas escrituras diariamente y se hacen otorgamientos cada veinte minutos. La agravante es que la DNN regulariza más a estos notarios de planta por su volumen de trabajo que por el hecho de otorgar una escritura en San José y pocos minutos después registrar otra escritura en su protocolo en Guanacaste, situación que es materialmente imposible.

Los profesionales que practican la doctrina notarial tradicional, basada en la doctrina clásica latina, consideran que no deben existir notarios que laboren para un patrono, ya que el único patrón al que deben obedecer es la Ley. Uno de los elementos fundamentales del contrato laboral es la subordinación y esto es contrario a la independencia que deben tener los notarios.

Según Hermán Mora, las futuras reformas que se promuevan respecto del notario institucional deben buscar volver a desconocer su existencia, lo cual es un tema controvertido, porque la Sala Constitucional ha sido muy firme en cuanto a su criterio. Más que una reforma al código, debe pensarse en un cambio en cuanto a la tendencia donde se promueva la implementación de una licencia especial o una patente como la que se utiliza en México, para que un notario público pueda ofrecer sus servicios a una entidad pública.

En ese caso, lo ideal sería que estos permisos especiales sean otorgados por un tiempo definido y que el notario tenga que renovarlos en el momento de su vencimiento. Otro beneficio de este cambio sería que se reafirma la condición de profesional liberal que presenta el ejercicio del notariado.

Otro punto que vendría a reforzar la figura del notario y su independencia con la figura del abogado es la creación de un Colegio de Notarios por medio de una reforma a la Ley Orgánica del Colegio de Abogados. Esto fortalecería la regularización y formación de los notarios de Costa Rica, dando un apoyo directo al trabajo que realiza la DNN como ente fiscalizador de la función notarial.

Resultados de la Encuesta

Durante los meses de octubre y noviembre del presente año se llevó a cabo una encuesta utilizando la herramienta en línea “Survey Monkey”. La muestra de análisis comprende 50 profesionales en derecho, quienes, en su mayoría, recibieron el

cuestionario por medio de los grupos virtuales “Cartularium” y “Justicia Notarial” que operan en Facebook.

El 48,9% de los encuestados funge como abogado y notario, un 31% únicamente ejerce la abogacía y tan sólo un 2,2% afirma que se dedica, exclusivamente, a funciones notariales. De lo anterior, se determina que en Costa Rica aun no es tan común que existan profesionales en derecho que dediquen por completo su profesión al notariado, la necesidad de obtener un título de abogado para poder optar por una especialidad en derecho notarial ha logrado vincular estas dos áreas del derecho y prácticamente fundirlas en una sola.

La mayoría de los profesionales en derecho que fueron encuestados, un 88,9%, ejercen su profesión de forma privada sin ser empleados directos de la administración pública, mientras que el 11,1% trabajan bajo el régimen de servicio civil, convirtiéndose en empleados públicos que en teoría deberían de recibir un salario fijo por la prestación de sus servicios.

Al analizar la diferenciación entre la figura del abogado y la figura del notario por parte del Estado, existen criterios claramente divididos, ya que el 48,9% de los encuestados considera que la distinción sí se hace mientras, que el 51,1% no cree que exista diferencia alguna.

Otro punto importante de evaluar es la percepción ética de la figura del notario institucional, ya que se cuestionó a los participantes si la subordinación de un notario ante un patrono podría ser un factor de riesgo que afectará la imparcialidad y objetividad de sus funciones a lo cual el 88,4% contestó afirmativamente. Con respecto a los que consideran que no existe riesgo de perder la imparcialidad o la objetividad es interesante ver que fueron un 15,6% de los encuestados a lo cual cabe destacar que el 11,1% de los encuestados, efectivamente, laboran en una condición de subordinación bajo el régimen de servicio civil.

Con respecto al artículo 7, inciso “b”, párrafo segundo del CN; el 77,8% de los profesionales encuestados cree que este artículo podría enmarcar privilegios que enriquecen a un grupo de notarios, pero, que al mismo tiempo, esto genera una discriminación al existir una gran mayoría de notarios institucionales que no pueden cobrar honorarios. Sobre este mismo artículo, el 72,7% considera que cobrar honorarios a particulares por la formalización de escrituras de fondos de ahorro y préstamo podría ser considerado como “recibir doble paga”, ya que no solo reciben un salario, sino que cobran los honorarios correspondientes a la prestación de ese servicio.

Apreciando de forma amplia el artículo 7 del CN, un 54% considera que los beneficiados con este artículo son los notarios, 27% no está seguro de a quién se beneficia y un 20.5% afirma que el artículo busca beneficiar a los usuarios.

Al comparar, lo que establece el CN en el artículo 7 y la LCA, en su artículo 67, el 75% de los encuestados considera que los dos cuerpos normativos podrían estar contradiciéndose. Así mismo, el 77,3% consideró que si la LCA indica que no aplica el cobro de honorarios ya que se trabaja por un sueldo fijo, el cobro de honorarios, a terceros en los casos establecidos, en el artículo 7 del CN, podrían ser considerados como “ejercicio privado de la profesión”.

Al intentar ubicar la figura del notario de planta dentro de la LCA, el 54,5% considera que esta figura se encuentra ilustrada en el artículo 67 de la LCA, mientras que un 45,5% no cree que esta afirmación sea correcta, las percepciones se mostraron, claramente, divididas con tan solo un margen de diferencia de un 9%.

Conclusiones

Primeramente, se concluye que la abogacía y el notariado se encuentran vinculados dentro de la legislación costarricense, ya que para ejercer el notariado debe ser abogado en ejercicio con al menos dos años de ejercer. Este ligamen ha sido, equivocadamente, utilizado para valorar ambas profesiones como una sola convirtiendo a los que las ejercen en “profesionales del derecho” de una forma muy generalizada.

Con análisis realizado en la presente investigación, sí se observaron conflictos de carácter ético en el ejercicio del notariado institucional, y esto se evidencia al comprobar la inexistencia de esta figura en otros países por ser incongruente con el principio fundamental de independencia e imparcialidad de la función notarial.

Aunque la DNN es el ente fiscalizador de la función notarial, se concluye que fue la propia Sala Constitucional, quien instaura, formalmente, la existencia de la figura del notario de planta y solicita a la DNN que dicte las directrices necesarias para regularla.

Ser notario público y funcionario público a la vez pone en una posición de vulnerabilidad la función pública como tal, y, por esto a todo funcionario público se le limita el desempeño de otra función o de otro trabajo para evitar el incumplimiento de sus deberes como empleado público en primera instancia.

El Código Notarial establece de forma genérica, los lineamientos por seguir por los notarios públicos y existe una necesidad de homogeneizar estos lineamientos con los que se encuentran en las diferentes leyes y reglamentos para erradicar la confusión que existe entre los notarios que, de una u otra manera, se ven ligados a trabajar con la Administración Pública.

En el tema del Enriquecimiento Ilícito, se concluye que el mismo no se da por el cobro de honorarios en formalización de fondos de ahorro y préstamo, ya que estos se encuentran exceptuados dentro del artículo 7 del CN y estos servicios al no ser parte de la actividad ordinaria del ente contratante, no se encuentran incluidos dentro del salario pactado, por lo que tampoco podrían considerarse como “doble paga”.

Recomendaciones

Idealmente, debería considerarse la necesidad de que cada una de las instituciones públicas contara con un estatuto institucional donde se determinen las limitaciones del ejercicio de una profesión liberal junto al ejercicio de una función pública, especialmente, en el caso de contratar a personas que sean notarios en ejercicio, ya sea para labores como profesionales en derecho o labores meramente administrativas o de otra índole que no necesariamente se relacionen con su condición de notario.

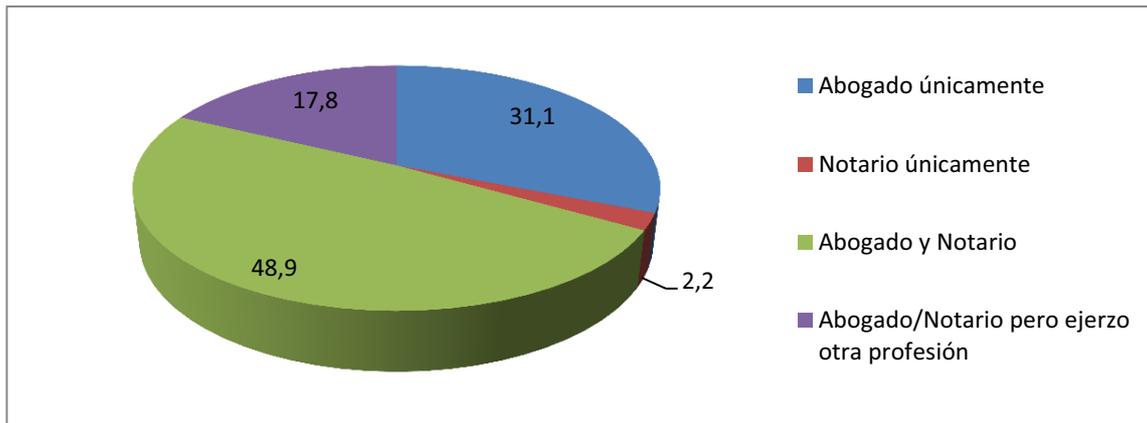
Es necesaria la creación de un Colegio de Notarios para demarcar la independencia entre las figuras del notario y abogado, eliminando la percepción de que el notariado es tan solo un apéndice funcional de la abogacía. Además de los beneficios que podrían recibir sus agremiados, también sería un apoyo a la función fiscalizadora de la DNN al controlar y dar formación especializada a los notarios públicos.

Al ser el notario de planta una figura establecida por la Sala Constitucional ninguna de las reformas de ley propuestas ha dado frutos y la única manera por la cual podría contemplarse un cambio en esta materia es variando la forma en que se le permite su ejercicio. Una opción es una propuesta similar a la forma en que opera en México, donde uno de los requisitos es la obtención de una patente o una licencia que debe ser renovada cada cierto tiempo y que autoriza al profesional ofrecer sus servicios a entidades públicas.

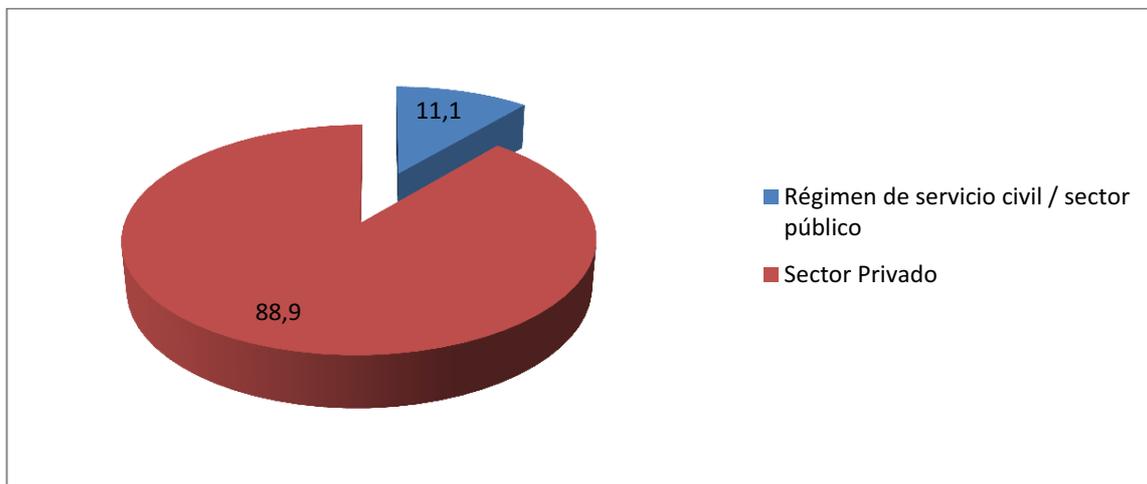
Anexos

Gráficos generales y resultados de la encuesta

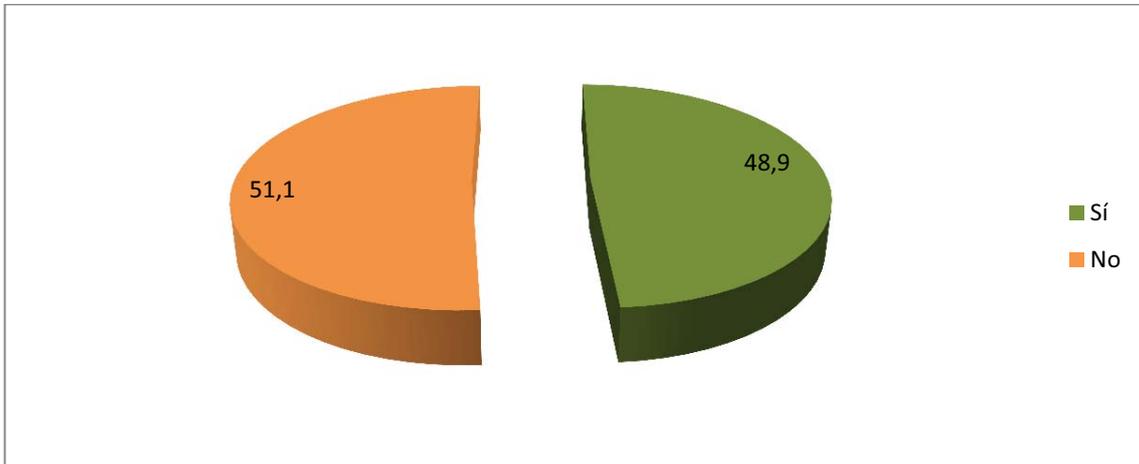
1. ¿Cuál es su área de trabajo actualmente?



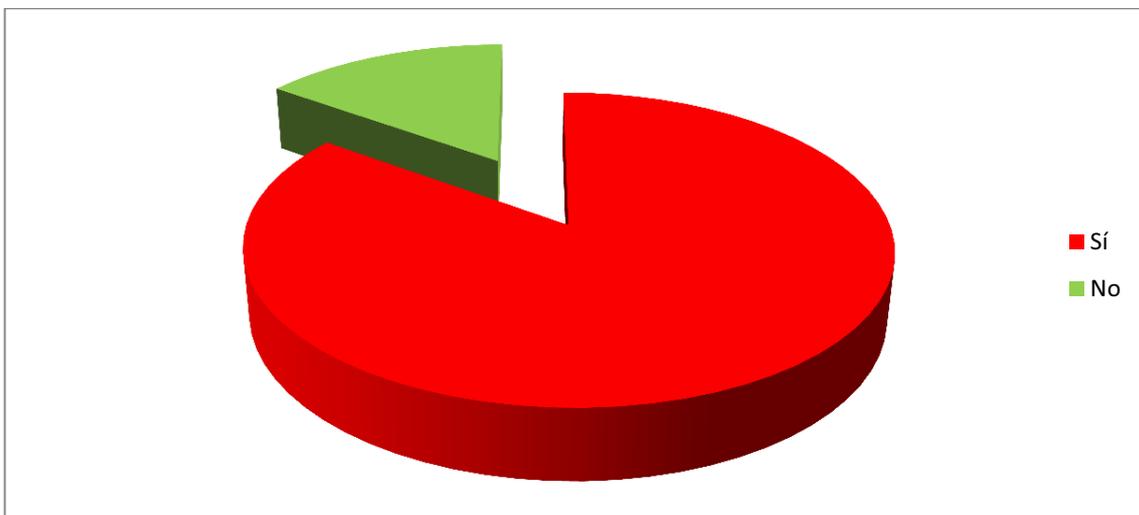
2. ¿Trabaja usted bajo el régimen de servicio civil o de forma privada?



3. ¿Abogado de planta y notario de planta son una misma figura a los ojos del Estado?

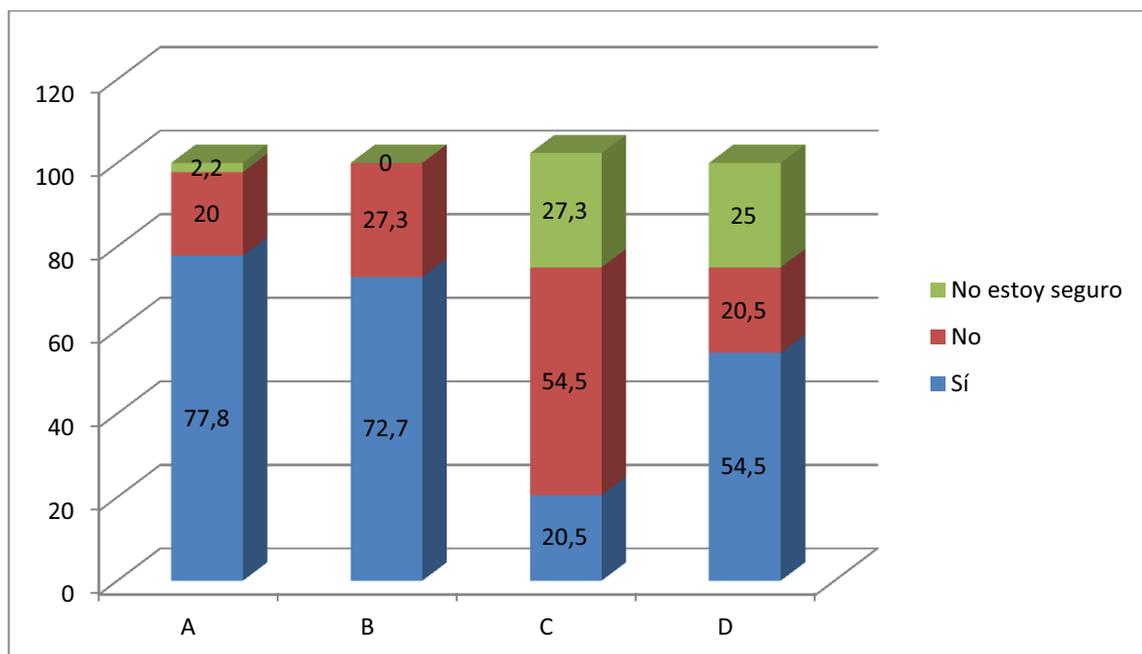


4. ¿La subordinación de un notario que trabaje para un patrono (sea privado o público) debe ser considerado un factor de riesgo en la imparcialidad y objetividad de sus funciones?

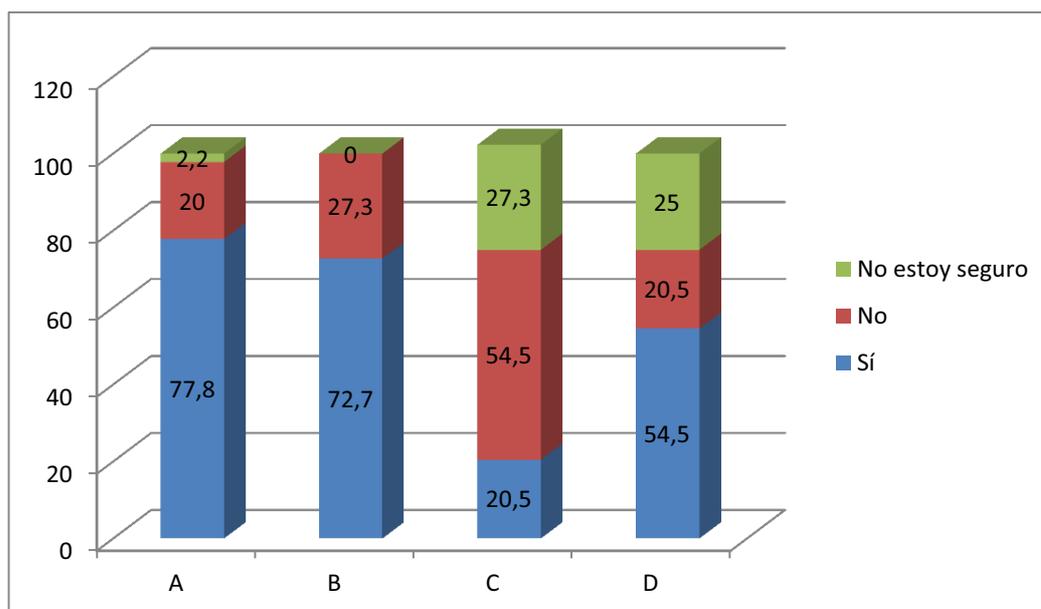


5. Los notarios de planta según el Código Notarial (artículo 7, inciso “b”, párrafo segundo) pueden cobrar honorarios a particulares por formalización de escrituras relacionadas con fondos de ahorro y préstamo que funcionan adscritos a cada institución y no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal. Según su criterio personal:

- ¿Esto podría verse como privilegios que enriquecen a un grupo pero discriminan a una parte importante de notarios institucionales que del todo no pueden cobrar honorarios?
- ¿Esta práctica puede ser descrita como “recibir doble paga” ya que además del salario se reciben honorarios?
- ¿Este apartado del Código Notarial se redactó con la intención de proteger los intereses de los usuarios?
- ¿Este apartado del Código Notarial se redactó con la intención de proteger los intereses de los notarios de planta?



6. El artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa dice: “se autoriza a las entidades públicas para que, utilizando su régimen ordinario de nombramiento de funcionarios, contraten a sueldo fijo, los profesionales que requieran para formalizar las operaciones, los avalúos, los peritajes, la atención de diligencias judiciales o administrativas o cualquier otro tipo de intervención profesional relacionada con los servicios que brindan. Para esos efectos, no operará el pago que rija por concepto de honorarios para la prestación de la actividad”. El Código Notarial por su parte dice lo siguiente en el artículo 7, inciso b, párrafo segundo: “Sin embargo, los notarios en régimen de empleo público podrán cobrar honorarios correspondientes a los particulares, en los casos de formalización de escrituras relacionadas con los fondos de ahorro y préstamo que funcionen adscritos a cada institución, y no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal”
- ¿Considera que la Ley de Contratación Administrativa y el Código Notarial podrían estar contradiciéndose?
 - ¿Considera que el cobro de honorarios de la forma en que se describe en el artículo 7 del Código Notarial podría ser considerado ejercicio privado de la profesión?
 - ¿Considera que dentro del artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa se ilustra la figura del “Notario de Planta”?



Bibliografía

- Acción de Inconstitucionalidad, Voto 444-00 (Sala Constitucional 12 de enero del 2000).
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (5 de octubre de 1998). Proyecto de Ley 13 256. *Diario Oficial La Gaceta* (193).
- Asamblea Legislativa del Distrito Federal. (28 de marzo del 2000). Ley del Notariado Para el Distrito Federal. *IV Legislatura*. Distrito Federal, México: Gaceta Oficial del Distrito Federal.
- Ávila, P. (1962). *Estudios de Derecho Notarial* (3ª ed.). Barcelona: Ediciones Nauta S. A.
- Cabanellas de Torres, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental* (18ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino. (2004). *Doctrina Notarial Internacional*. México: Editorial Porrúa.
- Constitución Política de la República de Costa Rica* (2008, ed.). (1949). San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.
- Dictamen "Ley que reforma varios artículos del Código Notarial Ley Número 7764 del 17 de abril de 1998", Expediente 13256 (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica 10 de setiembre de 1999).
- Dictamen, C-085-1987 (Procuraduría General de la República 20 de abril de 1987).
- Dictamen, C-168-90 (Procuraduría General de la República 9 de octubre de 1990).
- Dictamen, C-188-91 (Procuraduría General de la República 27 de noviembre de 1991).
- Dictamen, C232-98 (Procuraduría General de la República 4 de octubre de 1998).
- Dictamen, C160-99 (Procuraduría General de la República 10 de agosto de 1999).
- Dictamen, C-071-1999 (Procuraduría General de la República 12 de abril de 1999).
- Dictamen, C-198-2000 (Procuraduría General de la República 31 de agosto de 2000).
- Dictamen, C-035-2001 (Procuraduría General de la República 19 de febrero de 2001).
- Directriz, 2001-004 (Dirección Nacional de Notariado 13 de diciembre de 2001).
- Directriz, 2001-03 (Dirección Nacional de Notariado 2 de mayo de 2001).
- Directriz, 01-2004 (Dirección Nacional de Notariado 16 de marzo de 2004).
- Directriz, 1-2005 (Dirección Nacional de Notariado 2005).
- Gattari, C. N. (1997). *Manual de Derecho Notarial*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Guevara, O. (22 de octubre de 2012). Precandidato Presidencial de Costa Rica por el Partido Movimiento Libertario. (C. Ocampo Van Patten, Entrevistadora) San Pedro, San José, Costa Rica.

Hernández, R. et al (2010). *Metodología de la Investigación*. México D.F.: Mc Graw Hill / Interamericana Editores, S.A.

Hirsch, A. (2003). *Ética Profesional Como Proyecto de Investigación*. Mexico: Ediciones Universidad de Salamanca.

Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (5ª ed.). (2010). San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.

Ley General de la Administración Pública (14ª ed.). (2009). San José: Editec Editores S.A.

Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial, Boletín Judicial 99 (Dirección Nacional de Notariado 24 de mayo de 2007).

Mora, H. (27 de noviembre de 2012). Licenciado. (C. Ocampo Van Patten, Entrevistadora) San José, Costa Rica.

Mora, H., & Weisleder, J. (2011). *Código Notarial* (9ª ed.). San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.

Opinión Jurídica, OJ-005-1999 (Procuraduría General de la República 8 de enero de 1999).

Opinión Jurídica, 111-2003 (Procuraduría General de la República 8 de julio de 2003).

Opinión Jurídica, OJ-001-2004 (Procuraduría General de la República de Costa Rica 6 de enero de 2004).

Pérez, B. (1989). *Derecho Notarial* (4ª ed.). México: Porrúa S.A.

Pérez, V. (2002). *Deontología Jurídica: ética en el ser y quehacer del abogado*. México: Oxford.

Picado, C., & Sobalvarro J. (2012). *El Notario Institucional o Notario de Planta, aplicabilidad en el sector público y procedencia en el sector privado*. San José: Universidad de Costa Rica.

Proyecto de Ley: "Modificación del artículo 166 de la Ley Número 7764 Código Notarial", Expediente 13337 (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica 7 de octubre de 1998).

Proyecto de Ley: "Reforma de varios Artículos del Código Notarial, Ley Número 7764, de 17 de abril de 1998 y del artículo número 173 de la Ley Orgánica del Banco Central, Número 7558, de 3 de noviembre de 1995, Expediente 15294 (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica 25 de junio de 2003).

Reforma de varios artículos del Código Notarial, Ley Número 7764, Expediente 14876 (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica 27 de agosto de 2002).

Resolución, 1817-2003 (Dirección Nacional de Notariado 24 de setiembre de 2003).

Resolución, 2318-2004 (Dirección Nacional de Notariado 27 de octubre de 2004).

Resolución, 992-2005 (Dirección Nacional de Notariado 2005 de junio de 2005).

Resolución, 161-2005 (Dirección Nacional de Notariado 15 de febrero de 2005).

Voto 8160, 8160 (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica 27 de noviembre de 2001).

Voto Sala Constitucional, 3932-1995 (Sala Constitucional 18 de julio de 1995).

Zavaleta, M. (24 de octubre de 2012). Abogado y Notario de la Notaría 133 del Distrito Federal. (C. Ocampo Van Patten , Entrevistadora)