

**EL REGIMEN DE NOTARIOS DE PLANTA AL SERVICIO DE LAS INSTITUCIONES
PUBLICAS BAJO LA MODALIDAD DE LA DEDICACION EXCLUSIVA EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO NOTARIAL COSTARRICENSE**

CELSO DAMIAN FONSECA MC SAM

SCARLETH RUIZ VARGAS

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE

LICENCIATURA EN DERECHO

UNIVERSIDAD LATINOAMERICANA DE

CIENCIA Y TECNOLOGIA (ULACIT)

SAN JOSE, COSTA RICA

27 DE NOVIEMBRE DEL 2002

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

Con todo merecimiento y cariño dedico la culminación del presente trabajo a mis Padres, a los cuales les agradezco el haberme dado la vida, llenándola de amor e inculcando en mí los más altos y nobles valores.

Asimismo, a la palabra, parida por la razón, nacida por el deseo de superación y creada por el esfuerzo intelectual de cada hombre que se da a la tarea de crecer y prepararse, dejando fluir sus sentimientos y emociones; adecuando con sapiencia los sufrimientos y el dolor al eterno aprendizaje del ser humano...

Por último, agradezco al Licenciado Jorge Enrique Alvarado, Director de la presente Tesis, por su invaluable ayuda y dedicación para la culminación del presente trabajo.

Celso Damián Fonseca Mc Sam

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS:

La culminación del presente trabajo, representa una meta trazada durante mucho tiempo, la cual hoy me llena de una inmensa alegría y gran satisfacción, por lo que se la dedico **a mis padres** que me dieron la vida e hicieron de mi la mujer que hoy soy.

A Junior, por ser más que un hermano, un amigo.

A Cris, por estar a mi lado; y ser la fuerza que me permite seguir adelante; por todas las palabras de aliento en el momento indicado.

Al Profesor Jorge Enrique, por transmitirme tanto conocimiento, por su gran apoyo y paciencia.

“A ti madrecita que aunque no estés físicamente, te llevo muy dentro de mi. Eres un Ángel que guía mi camino y alumbra mi corazón”.

Scarleth Ruiz Vargas

INDICE GENERAL

PORTADA.....	1
DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS.....	2
INDICE GENERAL.....	4
INTRODUCCIÓN.....	7
<u>EL REGIMEN DE LOS NOTARIOS DE PLANTA AL SERVICIO DE LAS INSTITUCIONES PUBLICAS BAJO LA MODALIDAD DE LA DEDICACION EXCLUSIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NOTARIAL COSTARRICENSE</u>	9
I.- DIAGNOSTICO DE LA EXISTENCIA DE UN REGIMEN NOTARIAL EN EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD EN CONTRAPOSICION A LO ESTABLECIDO EN LAS DIRECTRICES DE LA DIRECCION NACIONAL DE NOTARIADO, Y DE LAS IMPLICACIONES REGULATORIAS DEL ACTUAL CODIGO NOTARIAL EN RELACION CON TAL SITUACION.....	9
<i>1.1 Precisiones Metodológicas</i>	9
<i>1.2 Precisiones Conceptuales</i>	16
1.2.1 Del Régimen de los Notarios de Planta al Servicio de las Instituciones Públicas bajo la modalidad de la Dedicación Exclusiva.....	17

1.2.2 Del Régimen de Dedicación Exclusiva.....	19
1.2.3 De los Involucrados Directos en la Problemática de Estudio y sus Intereses.....	23
1.2.4 Principios, Valores, Deberes y Características de la Función Notarial y del Derecho Notarial.....	27
a- Fe Pública.....	28
b- Asesoría.....	29
c- Eficiencia.....	34
d- Idoneidad.....	35
e- Integridad.....	36
f- Principio de Independencia.....	37
g- Disponibilidad.....	40
h- Autonomía.....	41
i- Principio de Imparcialidad.....	41
j- Principio de Legalidad.....	47
k- Seguridad Jurídica.....	47
1.2.5 De los Derechos Adquiridos y Situaciones Jurídicas Consolidadas.....	48
1.3 Diagnóstico General.....	62
1.3.1 Análisis Histórico de la Función Notarial.....	62
a- Síntesis Histórica de la Evolución y Control del Ejercicio de la Función Notarial y del Derecho Notarial en Costa Rica.....	62
b- Los Órganos de Control de la Función Notarial.....	70

b.1 Ley Orgánica de Notariado.....	70
b.2 Código Notarial.....	72
1.3.2 Análisis Documental.....	80
a- Directriz 006-99 de la Dirección Nacional de Notariado de las 10 horas del 10 de marzo de 1999.....	82
b- Directriz 004-00 de la Dirección Nacional de Notariado de las 7 horas con 33 minutos del 20 de julio de 2000.....	89
c- Directriz 006-00 de la Dirección Nacional de Notariado de las 10 horas del 22 de agosto de 2000.....	100
d- Directriz 001-01 de la Dirección Nacional de Notariado de las 10 horas del 30 de enero de 2001.....	109
e- Resolución número 01483-2001 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las 15 horas con 30 minutos del 21 de febrero de 2001.....	112
1.4 Taller Participativo con los Abogados y Notarios del Instituto Costarricense de Electricidad.....	118
1.4.1 Alternativas de Solución al Diagnóstico dadas por los Participantes en el Taller.....	127
1.5 Comentarios y Conclusiones Finales.....	130
BIBLIOGRAFÍA.....	148

INTRODUCCIÓN

La Fe Pública es la esencia de la Función Notarial. La Función Notarial es la forma como se desarrolla o manifiesta el Notario Público y esa función se encuentra sujeta a los principios éticos, morales, legales y profesionales que acarrearán el adecuado y correcto ejercicio de ésta.

El Notario debe ser una persona de reconocida honorabilidad, con altos valores éticos y morales, pues el Estado está confiando en él la potestad de dar carácter de verdad a lo que manifiesta en el ejercicio de su cargo. Asimismo, el Notario Público se encuentra sujeto a principios legales, pues su actividad está enmarcada dentro del campo que le señala el Código Notarial vigente, y demás normas del ordenamiento jurídico, entendido este como un todo íntegro.

Por otra parte, la anterior Ley Orgánica de Notariado se encontraba desactualizada, obsoleta y llena de vacíos, situación que hizo necesaria la aprobación de nuestro Código Notarial actual. Esta anterior normativa era deficiente en cuanto al régimen disciplinario, fiscalizador y contralor del notariado en Costa Rica, encontrándose el adecuado ejercicio del Derecho Notarial en nuestro país prácticamente a la deriva, sin la existencia de un órgano contralor-fiscalizador especial, dedicado a tiempo completo y exclusivamente a regular todo lo relativo a la materia de notariado en el país. Esto aunado a los problemas de corrupción en materia notarial, así como actuaciones irregulares de los mismos Notarios en perjuicio de los usuarios

de dichos servicios y de la misma fe pública, además de la pérdida de credibilidad en las mismas instituciones públicas en relación con la función notarial, hizo necesario que tal situación debiera ser corregida con prontitud y ello vino a realizarse con la legislación actual rectora de la materia: El Código Notarial, Ley N° 7764 del 17 de abril de 1998.

Sin embargo, todo cambio genera conflictos de intereses entre las partes involucradas, sean éstas, los Notarios, los usuarios de los servicios notariales, el mismo espíritu del legislador; y con la emisión del Código Notarial han surgido una serie de cambios, entre ellos, la creación de la Dirección Nacional de Notariado, otra de las partes involucradas en dicho conflicto de intereses como órgano contralor y fiscalizador de nuestro país en materia notarial, y su potestad reglamentaria, dada por ley, de emitir lineamientos de acatamiento obligatorio para todos los Notarios Públicos del país, entre ellos, un grupo determinado de éstos, pertenecientes a un régimen denominado **“Régimen de Notarios de Planta al servicio de las Instituciones Públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva”**, los cuales, consideran violentados sus derechos constitucionales y legales a través las directrices 6-1999 de las diez horas del 10 de marzo de 1999, 4-2000 de las siete horas con treinta y tres minutos del 20 de julio del 2000 y 6-2000 de las diez horas del 22 de agosto del 2000, emitidas por la Dirección Nacional de Notariado, que regulan restrictivamente dicho régimen, generándose el problema objeto de nuestro estudio.

**EL REGIMEN DE LOS NOTARIOS DE PLANTA AL SERVICIO DE LAS
INSTITUCIONES PUBLICAS BAJO LA MODALIDAD DE LA DEDICACION
EXCLUSIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NOTARIAL COSTARRICENSE**

**I.- DIAGNOSTICO DE LA EXISTENCIA DE UN REGIMEN NOTARIAL EN EL
INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD EN CONTRAPOSICION A LO
ESTABLECIDO EN LAS DIRECTRICES DE LA DIRECCION NACIONAL DE
NOTARIADO, Y DE LAS IMPLICACIONES REGULATORIAS DEL ACTUAL
CODIGO NOTARIAL EN RELACION CON TAL SITUACION**

1.1 PRECISIONES METODOLOGICAS:

La metodología que orientará el presente trabajo y todo el Diagnóstico de la existencia de un Régimen Notarial en el Instituto Costarricense de Electricidad en contraposición a lo establecido en las directrices de la Dirección Nacional de Notariado, y de las implicaciones regulatorias del actual Código Notarial en relación con tal situación, comprende la identificación de los principales problemas alrededor del tema, visualizando luego, las principales relaciones causales que existen entre éstos por medio de la elaboración de un árbol de problemas.

Las relaciones causales existentes entre estos problemas se visualizarán mediante la identificación de las causas sustanciales y directas del problema principal y mediante la identificación de los efectos sustanciales y directos de los mismos

problemas. En un posterior paso, se procede a identificar las posibles alternativas de solución correspondientes al problema principal, sus causas y efectos.

Tales alternativas de solución se convierten en el objetivo de la planificación de la investigación. Lo anterior permite que exista una relación lógica entre tal objetivo y el problema principal detectado.¹ Posibilitando a su vez la confrontación de esa realidad, con los elementos normativos que la rodean, y que, conjuntamente con el análisis documental, más la experiencia personal de quienes escriben, así como la inclusión de los afectados directos con la problemática, genere el conocimiento integral de un tema normalmente abordado solo desde un punto de vista normativista.

Para el Diagnóstico de la Existencia de un Régimen Notarial en el Instituto Costarricense de Electricidad en contraposición a lo establecido en las directrices de la Dirección Nacional de Notariado, y de las implicaciones regulatorias del actual Código Notarial en relación con tal situación, se llevó a cabo un Taller Participativo, con la asistencia de 12 Abogados y Notarios que desempeñan funciones para el Instituto Costarricense de Electricidad. Los participantes fueron invitados personalmente días antes de la actividad y la participación fue voluntaria.

Los asistentes, todos Abogados, de los cuales, cuatro ejercen solamente la Abogacía, no el Notariado, para la institución, y los ocho restantes se desempeñan tanto como Abogados, así como Notarios de Planta al servicio de la Institución bajo la

¹ OLGUIN (Leticia), “Modelo de Autoevaluación Participativa”, Revista Educación, 23 (1), 1999. Pág. 298.

modalidad de la dedicación exclusiva. Asimismo, mientras que algunos de ellos tienen varios años de ejercicio de dichas funciones para la institución, algunos tenían únicamente, 3 años o menos de gestión.

Al inicio de la actividad se les dio las indicaciones respecto de la metodología a seguir, generando un clima propicio para una participación abierta.

Para comenzar con el trabajo, se les motivó para que mediante tarjetas en blanco que les fueron repartidas, indicaran todos los problemas que ellos percibían respecto de lo que engloba el tema de la existencia de un Régimen Notarial en la Institución en contraposición a lo establecido en las directrices de la Dirección Nacional de Notariado; y de las implicaciones regulatorias del actual Código Notarial en relación con tal situación, del cual son los involucrados y afectados directos; un problema por tarjeta.

A medida que iban terminando, se les solicito que de manera individual fueran pegando en una pared las diferentes tarjetas, intentando entre todos los participantes establecer diferentes categorías de problemas alrededor del tema de estudio.

Para finalizar se hicieron comentarios respecto de los problemas que se consideraban principales, además de establecer cuales de los restantes problemas se consideraban causas y cuales efectos de los problemas elegidos como principales, para con ello obtener un problema principal.

Finalmente, se realizaron comentarios respecto a las posibles alternativas de solución al problema principal planteado. Los comentarios respecto de la experiencia fueron muy positivos, considerando los Participantes la importancia de realizar este tipo de actividades más frecuentemente.

Tal actividad desde el punto de vista jurídico, permite generar un tipo de conocimiento de la realidad social involucrada en la norma, y la posibilidad de evaluar cual es la posición que juegan realmente los Notarios que ejercen la Función Notarial dentro del Sector Público. Esta metodología supera la mera interpretación de la normativa o la jurisprudencia y permite mediante el diagnóstico de una realidad específica su confrontación con la norma a partir de un estudio ordenado de las causas y efectos del problema principal generado por esa realidad en estudio. Lo anterior, fue posible por medio de la realización del Taller Participativo supra, llevado a cabo con los mismos Notarios del Instituto Costarricense de Electricidad, un análisis histórico de la evolución y el control del ejercicio de la Función Notarial y del Derecho Notarial en nuestro país y el análisis documental pertinente al tema.

El presente trabajo se divide para nuestros efectos, y en virtud de la problemática antes descrita de la siguiente manera:

Se realizó un Diagnóstico respecto de la Existencia de un Régimen Notarial en el Instituto Costarricense de Electricidad en contraposición a lo establecido en las directrices de la Dirección Nacional de Notariado antes mencionadas, y de las

implicaciones regulatorias del actual Código Notarial en relación con tal situación, que los mismos Notarios de la institución encuadran en éste, y denominan “Régimen de Notarios de Planta al servicio de las Instituciones Públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva”.

Como parte fundamental del Diagnóstico se hace un breve **Análisis Histórico** de la evolución y el control del ejercicio de la Función Notarial y del Derecho Notarial en Costa Rica, hasta llegar a nuestros días, en que con la emisión de nuestro Código Notarial vigente surge la problemática a la cual nos enfrentamos, el Notariado en la Función Pública, con lo cual se pretende dar respuesta a un problema nacido de la realidad del ejercicio profesional de la Función Notarial por parte de los Notarios que prestan sus servicios en el sector público, es decir, para las Instituciones Públicas bajo un Régimen de Dedicación Exclusiva.

Por otra parte, a través de las **Precisiones Conceptuales**, en general, se esbozan las principales nociones conceptuales respecto del ámbito de estudio, conceptualizaciones que serán confrontadas con los principios, valores, deberes y características de la Función Notarial y del Derecho Notarial que deben respetar el Notario bajo este tipo de regímenes, que se verían violentados con la problemática a la que hacemos frente en este estudio, y los conflictos de intereses de cada una de las partes involucradas en tal problemática, con el objetivo de verificar si la existencia del Régimen en estudio podría violentar y transgredir los principios rectores del ejercicio de la Función Notarial en Costa Rica.

Asimismo, se hace referencia a los conceptos de “derechos adquiridos” y “situaciones jurídicas consolidadas”, planteando la necesidad de analizar dichos conceptos desde el ámbito del Derecho Público, dentro del cual se desenvuelven los Notarios respecto de su habilitación como tales, el régimen disciplinario que los cobija y su aplicación a las relaciones de éstos en el empleo público, con lo cual se pretende verificar si los conceptos supra, que defienden los Notarios en virtud de intereses individuales, con la firme intención de validar el “Régimen de Notarios de Planta al servicio de las instituciones Públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva” en el cual se desempeñan, pueden ser oponibles al interés supraindividual de la prestación del asesoramiento notarial como producto del asesoramiento notarial como producto del ejercicio de un servicio público.

En el **Diagnóstico General** de nuestro problema de estudio, se realizó además un **Análisis Documental** en el cual se esbozan claramente los principales criterios emitidos por la Dirección Nacional de Notariado, en las directrices 6-1999 de las diez horas del 10 de marzo de 1999, 4-2000 de las siete horas con treinta y tres minutos del 20 de julio del 2000, 6-2000 de las diez horas del 22 de agosto del 2000 y 001-01 de las diez horas del 30 de enero del 2002, las cuales son el punto de la discordia de la problemática analizada y que resumen la posición y la tesis defendida por la Dirección Nacional de Notariado con relación al Notariado en el Sector Público. Asimismo, se esboza el criterio en relación con este “Régimen de Notarios de Planta al servicio de las Instituciones Públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva”, esgrimido por nuestra Sala Constitucional en la Resolución Voto No. 01483-2001 de las quince horas

con treinta minutos del 21 de febrero del 2001, con el firme propósito de verificar tanto la posición de la Dirección Nacional de Notariado como la posición de nuestra Sala Constitucional en relación con el Notariado en el sector público.

Se han incorporado además, los resultados obtenidos con la realización de un **Taller Participativo con los Abogados y Notarios del Instituto Costarricense de Electricidad**, directos involucrados con la problemática abordada, y pertenecientes al “Régimen de Notarios de Planta al servicio de las instituciones públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva” de dicha institución, con el cual pretendimos lograr un acercamiento más directo con la realidad social del problema en sí, para confrontarlo directamente con la norma (Código Notarial) y con las resoluciones del Órgano superior en materia de notariado en el país, sea la Dirección Nacional de Notariado.

El presente trabajo se realiza como requisito de graduación para obtener el grado de Licenciatura en Derecho por la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT).

1.2 PRECISIONES CONCEPTUALES:

El ejercicio del notariado en la función pública como problema de estudio involucra varios partícipes: la Dirección Nacional de Notariado, los Notarios de Planta de la Institución Pública respectiva, denominados como el “Régimen de los Notarios de Planta al servicio de las Instituciones Públicas bajo la modalidad de la Dedicación Exclusiva”, régimen que conceptualizamos en el presente aparte; así como también el “Régimen de Dedicación Exclusiva”. Por otra parte, de manera importante deben incorporarse al ámbito de estudio, a los usuarios de los servicios notariales brindados por los Notarios de Planta, así como al mismo Legislador de nuestro Código Notarial, tomando en cuenta primordialmente cuales serían los principios, valores, deberes y características de la Función Notarial e igualmente del Derecho Notarial que se verían afectados y a la vez irrespetados por tal problemática. Es por ello, que aquí nos referiremos a cada uno de ellos, conceptualizándolos y a la vez confrontándolos con la realidad del Régimen objeto de estudio.

Se toca además, el tema de los “Derechos Adquiridos” y “Situaciones Jurídicas Consolidadas”, en relación con dicho régimen, para poder determinar si dichos conceptos tienen alguna incidencia para con la existencia y soporte de éste.

Finalmente, se debe que tener claro que al estar involucrados varios partícipes en esta problemática, cada uno de ellos tiene sus respectivos intereses, situación a la que también se hará referencia en esta parte.

1.2.1 DEL RÉGIMEN DE LOS NOTARIOS DE PLANTA AL SERVICIO DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS BAJO LA MODALIDAD DE LA DEDICACIÓN EXCLUSIVA:

En lo atinente a este Régimen, objeto del presente estudio, y como más adelante se verá², la Dirección Nacional de Notariado no incluye ni toma en cuenta la existencia de éste en su directriz No. 004-2000 de las 7 horas con 33 minutos del 20 de julio de 2000, siendo esta la resolución donde el citado órgano establece la existencia de los tipos de notarios habilitados legalmente por el Estado, por potestad de imperio, para ejercer la Función Notarial.

Sin embargo, cabe aquí, definir este Régimen de la siguiente manera:

El Notario de Planta al servicio de las Instituciones Públicas bajo la modalidad de la Dedicación Exclusiva, es aquel Profesional en Derecho, Especialista en Derecho Notarial y Registral (especialidad exigible a partir del 22 de noviembre de 2003), con habilitación para el ejercicio limitado de las funciones notariales, siendo que solo puede prestar sus servicios a las Instituciones Públicas del Estado, incluso en las estructuradas según modelos organizacionales del Derecho Privado. Siendo así las cosas, por obvias razones, está imposibilitado para tener oficina abierta, pues brinda sus servicios desde las instalaciones de las mencionadas instituciones. Por expresa disposición del inciso b) del artículo 7° y el artículo 8 del Código Notarial, su condición

² Ver Taller Participativo con los Abogados y Notarios del Instituto Costarricense de Electricidad.

de Funcionario Público no le impide ser Notario, sin olvidarse que se encuentra bajo un régimen de servicio distinto, el cual se conforma una vez que la Institución Pública y el Abogado-Notario firman un contrato laboral, creándose una relación laboral, de subordinación del profesional a la institución, la cual es retribuida mediante el pago de un estipendio de naturaleza salarial establecido de previo, y una compensación económica al firmarse el contrato de dedicación exclusiva. Al existir reserva de ley, devenga salario por sus funciones. Se le prohíbe el cobro de honorarios por sus servicios tanto a la institución como a particulares, en vista del salario que reciben por prestarlos a la respectiva institución. No puede realizar actos notariales para particulares, en otros términos, se encuentran inhibidos de ejercer liberalmente su profesión, es decir, se les prohíbe el ejercicio externo del notariado. Sin embargo, podrá autorizar actos y contratos jurídicos donde aparezcan como parte sus patronos o empresas subsidiarias de las cuales reciba salario o dieta siempre que no cobre honorarios por este concepto. Por otra parte, podrá 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.

Asimismo, su competencia territorial se equipara a la del Notario Activo Pleno, (se hará énfasis en éste al analizar la Directriz No. 004-2000 de las 7 horas con 33 minutos del 20 de julio de 2000, de la Dirección Nacional de Notariado), en tanto puede ejercerla dentro de las fronteras nacionales de forma regular, y fuera de éstas,

excepcionalmente y cuando las circunstancias así lo exijan, siempre que el acto o contrato surta sus efectos legales en Costa Rica.

1.2.2 DEL RÉGIMEN DE DEDICACIÓN EXCLUSIVA:

Los regímenes de dedicación exclusiva consisten en reconocer al servidor público un plus adicional, en donde se prohíbe el ejercicio liberal de la profesión para cumplir con el principio de idoneidad. Tal circunstancia implica el aparejamiento de tales regímenes con la prohibición para el ejercicio externo del notariado, de conformidad con el artículo 4 del Código Notarial en relación con el inciso d) del artículo 5 del mismo cuerpo de leyes.

Sin embargo, para los efectos del “Régimen de Notarios de Planta al servicio de las Instituciones Públicas bajo esta modalidad, y en lo que respecta a la naturaleza jurídica y conceptualización de la dedicación exclusiva la Procuraduría General de la República ha expresado lo siguiente³:

“La Autoridad Presupuestaria por Acuerdo N° 2 de la Sesión N° 8 celebrada el 29 de marzo de 1983 emite el Reglamento al Régimen de Dedicación Exclusiva para el Sector Público Descentralizado”.

³ Ver Dictamen C-188-91 del 27 de noviembre de 1991 de la Procuraduría General de la República.

En el artículo 1° dicho Reglamento define el concepto de “dedicación exclusiva” como:

“... la obligación que adquiere el profesional, con la institución donde trabaja, de no ejercer - en forma particular - ninguna profesión, con las excepciones que se establezcan en este Reglamento. En tal razón, la institución adquiere el compromiso de retribuirle un porcentaje adicional sobre el salario base.”

En el artículo 2° con remisión a la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria indica cuales son las instituciones del Sector Público que pueden reconocer una suma adicional al salario por concepto de dedicación exclusiva.

El artículo 3 enumera los requisitos que deben cumplir los servidores “para acogerse al régimen de dedicación exclusiva...”, indicando en el último término:

“... Que hayan firmado el contrato de dedicación exclusiva con la institución en la cual prestan sus servicios.” (el subrayado es de la Procuraduría).

Así las cosas, expresa la Procuraduría:

“ De las normas comentadas y transcritas parcialmente surge la naturaleza u origen de la “dedicación exclusiva” como un convenio bilateral en el que una parte (el servidor público) se compromete a no ejercer en forma particular ninguna profesión, con las excepciones que el propio reglamento contiene y que no es del caso comentar; en tanto que el reparto administrativo se compromete a cambio de esa obligación que adquiere su funcionario público, a retribuirle en forma adicional con un porcentaje sobre el salario base”.

Es en consecuencia, la concurrencia de dos voluntades la que origina el pago adicional al salario por concepto de dedicación exclusiva, originando un acto que si bien administrativo en sentido genérico, en estricto derecho -por su carácter bilateral- se conceptúa como un contrato en el que ambas partes adquieren obligaciones y derechos.

Debe hacerse la aclaración, de que el Reglamento que se menciona supra, fue reformado mediante Decreto Ejecutivo N° 20182-H de 9 de enero de 1991, pero las observaciones que se realizan en torno al mismo se mantienen vigentes. Únicamente, vale la pena transcribir el artículo 1° porque es más claro que el anterior en el concepto de dedicación exclusiva:

“Se entenderá por dedicación exclusiva para efectos del presente reglamento, la compensación retribuida a los servidores de nivel profesional, porcentualmente sobre sus salarios base (previa suscripción de un contrato entre el servidor y el máximo jerarca), para que obligatoriamente no ejerzan de manera particular (remunerada o ad honórem) ninguna profesión que ostenten así como las actividades relacionadas con ésta o éstas; con las excepciones que se establecen en el presente reglamento.”

Resulta claro entonces, que el pago de dedicación exclusiva deriva de un contrato entre el servidor público y la Administración, mediante el cual por el compromiso del primero de no ejercer en forma particular su profesión, el segundo se compromete a retribuirle económicamente su no ejercicio particular.

Es de la forma anterior, que la dedicación exclusiva aplica para el Régimen de Notarios de Planta al servicio de las instituciones públicas bajo esa modalidad. Sin embargo, la problemática se refleja debido a que el inciso d) del artículo 5° del Código Notarial exceptúa el impedimento del artículo 4° inciso f) del mismo cuerpo de leyes cuando “...no gocen de sobresueldo ni compensación económica de ninguna clase por prohibición o dedicación exclusiva...” Con tal situación, hay que tener claro, que el articulado citado supra no se refiere a los funcionarios objeto del régimen de estudio, sino a otro tipo de funcionarios, específicamente, a los que se refiere el mismo artículo 5 en su inciso d), es decir, los funcionarios públicos que ya ocupan un cargo en la

Administración Pública y que no es precisamente este cargo, el de Notario de Planta de la institución pública sino, algún otro que no tiene directamente nada que ver con el ejercicio del Notariado y al cual se le quiere a tiempo completo con la institución, es decir, se le paga dedicación exclusiva para que no ejerza su profesión liberalmente. El fundamento para que a dichos funcionarios se les pague dedicación exclusiva va directamente ligado a la simple razón de que tales, estén solamente efectuando el ejercicio de la Función Notarial para la institución respectiva, cumpliendo un horario, ya que a la vez, por tal razón, se encuentran imposibilitados de tener oficina abierta al público, requisito indispensable para poder ejercer el notariado privadamente. Es por ello que el pago de dedicación exclusiva a éstos va dirigido a proteger directamente, la misma Función Notarial y su correcto y adecuado ejercicio.

1.2.3 DE LOS INVOLUCRADOS DIRECTOS EN LA PROBLEMÁTICA DE ESTUDIO Y SUS INTERESES:

En lo que respecta al planteamiento de este ámbito de estudio, hay que tomar en cuenta que los partícipes o involucrados en la problemática que nos atañe, sean estos: la Dirección Nacional de Notariado, los Notarios de Planta de las instituciones públicas, los usuarios de los servicios notariales y el propio Legislador del Código Notarial vigente, representan y cargan con distintos intereses que consideramos importante rescatar.

Así las cosas, resulta evidente que el papel de la Dirección Nacional de Notariado es el ejercer un control y una fiscalización adecuada del ejercicio de la Función Notarial, siendo este su primordial interés, en aras de protección de la misma y con el principal objetivo de que este servicio lo obtengan los usuarios bajo los principios de eficacia e idoneidad que deben conformar el ejercicio de la función notarial; nos referimos a la seguridad jurídica que debe derivar de todo acto realizado por el Notario, al cual el Estado ha investido de **fe pública**⁴, y respetando además los Principios Universales que informan el correcto y adecuado ejercicio de la Función Notarial por parte del Notario, sean estos, los principios de Independencia, Autonomía, Imparcialidad, Eficiencia, Disponibilidad, Legalidad, Integridad e Idoneidad del Notario, los cuales a juicio de la Dirección Nacional de Notariado resultan violentados con la existencia del Régimen de Notarios de Planta al servicio de las Instituciones Públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva. Ya que para que se dé el verdadero cumplimiento de tales principios, se debe exigir en el Notario una sólida formación jurídica y ante todo autoridad moral para lograr que las partes se sometan a su consejo que, en ocasiones parece ser contrario a la voluntad primigenia de los que solicitan su intervención, para con ello lograr un correcto y adecuado ejercicio de la Función Notarial, situación que a criterio de la Dirección Nacional de Notariado resulta inconciliable si el Notario se desempeña en un Régimen de Planta como el referido.

⁴ La fe pública es la característica por excelencia del notario como profesional del Derecho y es la que ocupa más la atención y exige la mejor parte de la inteligencia y cultura del notario, pues es entonces cuando el notario pone en marcha esa “fuerza centrípeta” de selección de todo el campo de las normas jurídicas, para afinarlas y aplicarlas al hecho que ha de poner en movimiento a la norma jurídica y que solo él presencia de modo consciente y expreso.

Asimismo, los principales intereses de estos Notarios son el seguir ejerciendo la Función Notarial dentro de la función pública (Instituto Costarricense de Electricidad), régimen que consideran estos Notarios, resulta necesario, ya que agiliza las funciones y objetivos que tratan de alcanzar las Instituciones Públicas, en este caso el Instituto Costarricense de Electricidad, sin violentar en ningún momento los principios a los que antes se hizo referencia, ya que ellos, tienen muy claro cual debe ser su posición moral y ética al ejercer la Función Notarial y que como Notarios que son, pertenecientes sí, a un Régimen distinto, igualmente están sometidos a un Régimen Disciplinario en caso de irrespetar o violentar tales principios, o apartarse de manera corrupta, inmoral y en contra de la ética profesional que debe encaminarlos.

Por otro lado, analizando lo que fue el Proyecto del Código Notarial, se desprende el interés del propio legislador quien manifestó que:

“... es más, tan es así la buena fe de la comisión redactora, que por ejemplo en el artículo 9 establecemos la posibilidad de que el Estado, las instituciones descentralizadas y las empresas públicas tituladas como sociedades anónimas puedan nombrar notarios a sueldo fijo. Nos evitamos de esa forma los Notarios Externos, por decirlo así, del Sistema Bancario Nacional”

“... con la creación del Código Notarial se buscó no solo beneficiar al gremio de los Notarios, sino también buscando lo mejor para los particulares que son quienes depositan la fe en los Notarios, estableciendo mecanismos y controles que realmente

van a hacer de la profesión del Notario una profesión noble, una profesión que realmente sea digna de la confianza del pueblo”⁵

Siendo así las cosas, existió un interés por parte del legislador de tutelar el Régimen de Notarios de Planta en las Instituciones Públicas bajo la modalidad de la dedicación exclusiva, con la intención de un adecuado cumplimiento de las funciones y objetivos de las Instituciones Públicas, las cuales requieren de los servicios notariales prestados de una manera ágil y eficaz.

Es por ello, que al darse los conflictos de intereses anteriormente mencionados cabe preguntarse y analizar si los principios, valores, deberes y características de la Función Notarial y del Derecho Notarial: fe pública, asesoría, eficiencia, idoneidad, integridad, independencia, disponibilidad, autonomía, imparcialidad, legalidad y seguridad jurídica, se ven afectados o irrespetados por la existencia del mencionado régimen, además, si los intereses de los usuarios resultan violentados por el mismo; y finalmente, si la posición de la Dirección Nacional de Notariado choca con los principios, valores, deberes y características supracitados, o verdaderamente es válida la posición de ésta en aras de la protección y el correcto y adecuado ejercicio de la Función Notarial dentro de los principios indicados y su roce con el régimen en cuestión, situación en la que ahondaremos a lo largo del presente estudio.

⁵ Al respecto ver Actas del Proyecto del Código Notarial.

A continuación se hará énfasis en lo que son los principios, valores, deberes y características que encierran la Función Notarial, antes mencionados y las pautas que se deben seguir para el adecuado ejercicio de la misma y los requisitos que debe reunir el Notario como el medio subjetivo por el cual se desarrolla de una forma correcta y eficaz la Función Notarial.

1.2.4 PRINCIPIOS, VALORES, DEBERES Y CARACTERÍSTICAS DE LA FUNCIÓN NOTARIAL Y DEL DERECHO NOTARIAL:

Resulta necesario conocer estos puntos aplicables al contexto notarial costarricense para poder así, confrontarlos con los intereses que se encuentran en juego, respecto de nuestro ámbito de estudio.

El Notariado, está hoy perfectamente configurado por el tipo de su actividad: el Notario como funcionario público investido por el Estado para autenticar los actos y contratos en la vida civil y comercial, consultor, asesor y fedatario, es también un profesional en derecho, en cuyo desempeño y cometido es depositario de la fe pública. Sus funciones están por lo tanto, subordinadas a una serie de requisitos de carácter legal y de aptitudes morales que son esenciales tener en cuenta, no solamente por lo que interesa a la profesión en sí misma, sino principalmente para ser dignos de la consideración y la confianza de los usuarios que requieren sus servicios.

Siendo así las cosas, la Función Notarial en atención a la proximidad entre lo público y privado, involucra principios, valores, deberes y características muy particulares que evidencian formas de comportamiento que van más allá de la esfera de la contratación privada, entre estos podemos mencionar:

a- Fe Pública:

La Fe Pública Notarial es la esencia de la Función Notarial.

Según Giménez Arnau:

“... es una presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos, facultándoles para darla a hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos”.⁶

Cita el mismo tratadista que:

“ El concepto jurídico de la fe pública no será la convicción o creencia del espíritu en lo que no ve, sino la necesidad de carácter jurídico que nos obliga a estimar como auténticos e indiscutibles los hechos o actos sometidos a su amparo, queramos o no queramos creer en ello”.⁷

Por su parte, nuestro Código Notarial se refiere a la fe pública indicando en su artículo 31:

“El notario tiene fe pública cuando deja constancia de un hecho, suceso, situación, acto o contrato jurídico, cuya finalidad sea asegurar o hacer constar

⁶ GIMENEZ ARNAU (Enrique) Derecho Notarial, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra SA, 1976, p.37.

⁷ GIMENEZ ARNAU, op.cit, p.38.

derechos u obligaciones, dentro de los límites que la ley le señala para sus atribuciones y con observación de los requisitos de ley. En virtud de la fe pública, se presumen ciertas las manifestaciones del notario que consten en los instrumentos y demás documentos autorizados por él.”

Con los conceptos citados supra, queda clara la importancia y relevancia de la fe pública en el ejercicio de la Función Notarial por parte del Notario, en virtud de la potestad de imperio que le ha sido otorgada por el Estado. Así las cosas, independientemente del tipo de Notario que sea habilitado para ejercer la Función Notarial, el respeto por la fe pública es situación primordial e irrenunciable para todo Notario, sin importar si ejerce dichas funciones liberalmente, como Notario de Planta al servicio de las Instituciones Públicas o bajo cualquier otro tipo de régimen permitido por ley.

b- Asesoría:

El Notario debe asesorar jurídica y notarialmente a las partes según el artículo 34 inciso f) del Código Notarial vigente, lo cual implica la explicación de todos los elementos que componen el negocio o situación jurídica, no únicamente lo cartulario (es decir, darle una lectura y explicación del instrumento redactado). El Notario no se puede conformar solo con leer el instrumento, sino que también debe explicar las cláusulas del negocio, dar a entender la institución jurídica de fondo; la asesoría debe darse en forma simple, entendible, para el ciudadano ordinario, pero sin desmerecer la institución. Se debe tener presente que la mayoría de personas que acuden a la

notaría, son personas que cuentan con poca formación jurídica. El notario solo podrá estar satisfecho de que ha cumplido cabalmente con este deber cuando intuya que las partes tienen clara noción de los alcances y consecuencias del instrumento, entendiendo sin lugar a dudas el negocio jurídico.⁸

El notario tiene la obligación de ser imparcial, debe asesorar a las diferentes partes intervinientes sin que medie ningún interés para con alguna de ellas, y genere algún perjuicio para con otra. Sin embargo, podría pensarse que al ser y estar el Notario al servicio de una institución pública como Funcionario Público de ésta, tal situación, podría generar cierta desconfianza en su forma de actuar y brindar su asesoría a las partes involucradas entre éste y la institución respectiva.

Por otro lado, una correcta y adecuada asesoría tiene que ver con los siguientes postulados:

b.1- Indaga, interpreta y adecua el documento a la voluntad de las partes:

El Notario busca dentro de las manifestaciones de voluntad de los requirentes de sus servicios, para elaborar una idea, lo más exacta posible, de sus necesidades; luego le da el matiz jurídico que debe contener, adecuando esas manifestaciones al ordenamiento jurídico y finalmente redacta dicha voluntad en un documento, que por disposición legal, autentica. Tal condición es recogida por el Código Notarial, en su artículo 34, inciso a), al decir que compete al Notario Público: *“a) Recibir, interpretar y*

⁸ Véase en ese sentido el artículo 34 incisos b) y f) del Código Notarial.

adecuar al ordenamiento jurídico la voluntad de quienes lo requieran, en cumplimiento de disposiciones legales...”.

Lo anterior conlleva diferentes tareas, que debe realizar el Notario:⁹

- ✓ **Tarea de creación y elaboración jurídica:** el Notario crea instrumentos que tienen incidencia jurídica entre las partes.
- ✓ **Tarea de redacción:** el Notario, más que cualquier otro profesional, redacta documentos. Esta función redactora resulta ser, junto con su carácter fedatario, los elementos mayormente identificables en la función del Notario.
- ✓ **Tarea de conservación:** el Notario tiene el deber de conservar el instrumento o bien depositarlo donde corresponde y extender copias autenticadas del mismo, lo cual constituye una tarea de reproducción. En España¹⁰, los protocolos notariales, son conservados en las Notarías hasta por veinticinco años, en Costa Rica la custodia definitiva corresponde al Archivo Notarial, en garantía del contenido de los actos otorgados ante el notario, la obligación de custodia del protocolo (artículo 51 del Código Notarial).

b.2- Contralor de la legalidad del negocio:

Debemos tener claro que el Notario otorga legitimidad a los actos o contratos que se le someten. La función legitimadora implica una verificación de legalidad. El Notario costarricense no puede realizar actos o contratos –aunque así lo deseen

⁹ MORA VARGAS (Herman), Manual de Derecho Notarial, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, primera edición, 1999, p.51 y siguientes.

¹⁰ Artículo 291, Ley de Notariado, de 28 de mayo de 1862, España.

las partes– que sean contrarios al ordenamiento jurídico, o bien que sean ineficaces¹¹ y debe abstenerse de llevarlos a cabo sin que esto implique negar el servicio en violación del artículo 6 del Código Notarial, deber que se advierte del artículo 36 del mismo cuerpo legal.

b.3- Función personalísima y atención personalizada:

La función notarial es indelegable; los actos notariales requieren la intervención física del Notario de manera indiscutible, tanto en el caso del otorgamiento de una escritura, como en el levantamiento de actos notariales.

Cita Herman Mora que: “... el notario es el único responsable, por cualquier circunstancia que provoque daño o perjuicio a las partes o a los interesados. Este debe asumir las consecuencias y reparar dichos daños. El notario será responsable y está obligado a reparar el daño, aunque las actuaciones irregulares hayan sido cometidos por todos aquellos colaboradores o asistentes...”¹².

Tal postulado, podría justificar la existencia del Régimen de Notarios de Planta al servicio de las Instituciones Públicas, ya que muchas veces o la mayoría de estas dichas instituciones requieren de servicios notariales y asesoría en este campo para cumplir ágilmente con sus fines y objetivos. Asimismo, es sabido por todos que la burocracia institucional representa un problema muy grave para el cumplimiento de

¹¹ Al respecto, véase artículo 7 inciso d) del Código Notarial.

¹² MORA VARGAS (Herman) op. cit., p.62.

estos. De esta forma, el hecho de que una institución pública pueda contar con Notarios bajo este régimen, puede ser muy útil para el Estado.

b.4- Profesional en derecho, altamente especializado:

“... El notario debe ser un jurista altamente calificado, con los correspondientes estudios universitarios que lo acreditan y que son indicadores de confianza...”¹³

Por otra parte, “... el notario debe ser un especialista del Notariado, tanto por su función como por su conocimiento y estudio, y estar libre de cualquier otro tipo de cargo o empleo, o sea, dedicado por entero a su profesión.”¹⁴

Es por ello, que con la entrada en vigencia del Código Notarial actual, a partir del 22 de noviembre del año 2003, será exigible el postgrado en Derecho Notarial y Registral y haber estado incorporado al Colegio de Abogados de Costa Rica al menos durante dos años y, con la misma antelación, haber solicitado la habilitación para ejercer el cargo. Situación que resulta desde todo punto de vista beneficioso en aras de una adecuada protección para el correcto ejercicio de la Función Notarial y en virtud de la proliferación de Notarios sin la debida formación jurídica y moral.

Somos firmes creyentes, que al establecerse estos requisitos para poder ser Notarios, la calidad del servicio mejorará enormemente, y servirá de puente para que en el caso de estudio, las instituciones públicas puedan contar con Notarios altamente aptos para el ejercicio de sus funciones.

¹³ MORA VARGAS (Herman) op. cit., p.63.

De esta forma, la asesoría que el Notario brinde a los usuarios del servicio notarial debe estar dentro de los parámetros supracitados, sin importar si corresponde a usuarios particulares o a sus respectivos patronos, si se encuentra en un Régimen como el de Planta al servicio de instituciones públicas y ante todo sin ningún índice de parcialidad por lo que una u otra posición signifique.

A criterio nuestro, el deber de asesoría por parte del Notario en Régimen de Planta, a los usuarios del servicio, no tiene porque verse violentado de ninguna forma por cuanto, dicha asesoría la da dicho Notario a la respectiva institución desde sus instalaciones e igualmente para los usuarios particulares que aparezcan como parte de un acto entre la institución y éstos. Por lo que el argumento de tener obligatoriamente oficina abierta al público no es de recibo para el caso de los Notarios supra.

c- Eficiencia:

El principio o deber de eficiencia, radica única y exclusivamente en el ser del Notario, su actitud, su forma de llevar a cabo su trabajo con orden, celeridad y correctamente es inherente a él mismo, claro está bajo el control y la fiscalización del órgano competente, sea la Dirección Nacional de Notariado. Por tal razón, independientemente del régimen en que se desempeñe el Notario, si dicho deber es realizado desde el desempeño de funciones por parte éste, desde un Régimen de Planta al servicio de las Instituciones Publicas con mucha más razón cobra

¹⁴ MORA VARGAS (Herman) Manual de Derecho Notarial, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, 1999, p.63.

importancia en atención a la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios de los servicios prestados, acarreado directamente el cumplimiento de los objetivos y necesidades de las instituciones públicas en beneficio del propio Estado y sus administrados. Y es en atención a la eficiencia y al cumplimiento de dichos fines que creemos se inspiró el espíritu del legislador al tutelar la existencia de este tipo de régimen en el Código rector de la materia notarial.

Asimismo, puede jugar un papel muy importante la intervención de la Dirección Nacional de Notariado en cuanto a la eficiencia en la forma de realizar su trabajo este tipo de Notarios, desde el punto de vista de evitar que la existencia de dichos regímenes tienda a burocratizarse, llevando a cabo una supervisión apta y adecuada en las instituciones en las que existan éstos.

d- Idoneidad:

La idoneidad tiene que ver con la aptitud de una persona para llevar a cabo en forma correcta y adecuada una actividad determinada.

El Notario como especialista en su rama es la persona adecuada para el correcto y adecuado ejercicio de la Función Notarial, el hecho de que exista un Régimen distinto que la Dirección no avale, implica un irrespeto al supracitado espíritu del legislador expresado en el Código Notarial, y al cumplimiento cabal de los objetivos y fines del Estado a través de sus instituciones públicas.

Sin embargo, podría objetarse que para el cumplimiento de tales fines existen los Notarios de la Notaría del Estado, pero creemos, se debe tomar en cuenta que las instituciones públicas necesitan contar con Notarios a la mano, disponibles la mayoría de las veces en tiempo y espacio reales, en virtud de eficiencia y celeridad, evitando toda la tramitología burocrática que puede implica el recurrir muchas veces a la Notaría del Estado.

e- Integridad:

Nosotros consideramos que una de las más elevadas características del Notario es su condición moral. Más que cualquier otro profesional, pensamos que el Notario debe ser íntegro en su vida profesional.

Dentro del Código Notarial existen múltiples regulaciones que involucran este principio, en su artículo 4 inciso c), establece como impedimento el ser condenado: “por delitos contra la propiedad, la buena fe, administración de justicia, confianza pública o delitos relativos a la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas...”.

Igualmente, el artículo 147 del mismo cuerpo de leyes establece una suspensión fija de diez años, al notario sancionado por alguno de los delitos indicados en el numeral 4 inciso c), salvo que la sanción sea mayor, en cuyo caso se estará al lapso establecido al igual que aquel que guarde prisión.

La condición moral resulta ser uno de los pilares básicos que dan soporte profesional al Notario. Por tal motivo, es que creemos que los Notarios que se desempeñan en el régimen de estudio, con una adecuada fiscalización y control por parte de la Dirección Nacional de Notariado, aunado a este deber de integridad por el que debe conducirse el Notario tanto en sus funciones como en su vida privada, con honradez, rectitud, dignidad, decoro y entrega desinteresada de su capacidad, conocimiento y experiencia laboral, en cualquier circunstancia debe actuar de tal forma que su conducta reafirme la confianza de la colectividad en la integridad de este tipo de Notario como servidor público y en el prestigio de la institución a la que sirve.

f- Principio de Independencia:

Cita Herman Mora que "... el notario debe ejercer su función en forma independiente, lo cual está al servicio de la imparcialidad. La relación laboral supone una actitud comprometida y un deber de obediencia que impone subordinación. El Notario debe tener la posibilidad de decir que "no", pero cuando su patrono lo obligue a realizar actuaciones en que comprometa esta imparcialidad, deviene otro tipo de relación, la jerárquica, en virtud de un Contrato de Trabajo."¹⁵

De lo anterior, cabe decir, que el Notario es por su condición dada por ley independiente, no está subordinado a hacer su trabajo en la forma que lo diga su patrón, él es el único conocedor de cómo debe hacerlo y bajo los parámetros que le dicta el Código rector de la materia y demás leyes que rigen su ejercicio. El órgano

¹⁵ MORA VARGAS (Herman) Manual de Derecho Notarial, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, primera edición, 1999, p.57.

encargado de fiscalizar y controlar el ejercicio de sus funciones es la Dirección Nacional de Notariado, por lo que debe tenerse claro que los Notarios sujetos al Régimen de Planta al servicio de las instituciones públicas, conservan su independencia desde todo punto de vista a la hora de ejercer y prestar los servicios notariales para éstas.

Al respecto, el Código Notarial en su artículo 4 inciso f) nos dice que están impedidos para ser Notarios:

“Quienes ejerzan cargos en cualquier dependencia del sector público, incluso en las estructuradas según modelos organizacionales del Derecho Privado, en lo que se les prohíba el ejercicio externo del notariado”.

En este sentido, han sido aclaratorias sentencias, tales como la número 44 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, de las 15:25, del 7 de febrero de 1996, la cual ha sostenido:

*“...En consecuencia, debe concluirse que el notario, en cuanto a tal, no puede ser considerado funcionario o empleado en relaciones de servicio o laborales típicas, pues en su labor no le es posible sujetarse a los intereses de alguna de las partes laborales intervinientes...”*¹⁶. (el resaltado no es del original).

¹⁶ Al respecto ver la sentencia número 44 de las 15:25 horas del 7 de febrero de 1996 de la Sala Segunda.

Sin embargo, en lo que respecta al Régimen de Notarios de Planta al servicio de las Instituciones Públicas, es nuestro criterio que no debe verse dicha relación de servicio laboral como típica sino como una relación laboral atípica. Ya que si bien es cierto, existe algún tipo de subordinación jurídica del Notario en cuestión, con la institución pública respectiva al existir un estipendio salarial, así como un reconocimiento económico por dedicación exclusiva de parte del Notario, éste está sujeto única y exclusivamente al Código Notarial vigente y por accesoriadad al control y fiscalización exclusiva por parte de la Dirección Nacional de Notariado. Es regido y debe conducirse por los principios atinentes a la rama del Derecho Notarial y apartarse en todo momento de la subordinación por parte de su patrono en lo que atañe a como hacer su trabajo, ya que es el Notario la persona idónea y especializada en esta rama del Derecho y se encuentra afecto a lo que enmarca el ordenamiento jurídico notarial exclusivamente.

Es un funcionario público tutelado por el espíritu del legislador en la norma con fines de eficiencia, idoneidad y celeridad institucional pública.

Sin embargo, hay que ser claro que la independencia no libera al notario de su obligación de lealtad con el orden legal ni podrá prestarse para el servicio caprichoso y malversado de las partes.

El doctor **Bumann** en este sentido sostiene: “La independencia profesional basada en el precepto de libertad existente -le garantiza al notario la libertad necesaria

para ejercer sus tareas en el campo de la administración de justicia. La independencia profesional del notario corresponde a la del juez. El juez y el notario ofrecen su servicio de administración de justicia sin recibir órdenes y por lo tanto bajo su propia responsabilidad (...) La independencia no libera al notario de su obligación de lealtad para con el orden legal; (...) el notario debe ejercer su cargo siendo fiel a su juramento. El juramento de lealtad rige también frente al sistema social de organización "Estado", y se expresa en la obligación de someterse a su supervisión y acatar las órdenes de la autoridad de supervisión, siempre que no sean contradictorias al orden legal y no violen su independencia.¹⁷

g- Disponibilidad:

Este principio-deber, juega un papel importantísimo en la justificación de la existencia de un Régimen, como el que es objeto el presente estudio. Ya que las instituciones públicas en su quehacer cotidiano y para el cumplimiento de sus fines y alcanzar los objetivos propuestos a su haber por el Estado, y que podríamos decir fue la ratio legis de la norma que tutela dicho régimen por parte del legislador, necesitan de la existencia real de poder contar con Notarios disponibles en sus instalaciones que ayuden al cumplimiento de tales fines, algunas veces de forma inmediata, con fines de eficiencia y celeridad en beneficio del Estado y por ende de los administrados. Situación que inclusive a nuestra manera de ver las cosas resulta más idóneo que la existencia del Notariado Externo, que resulta relativamente lento, complicado y burocrático la contratación de tales servicios por esa modalidad.

¹⁷ BUMANN (Wolfgang) op. cit., pp. 28-29

h- Autonomía:

El Notario independientemente del Régimen en que se desempeñe debe enmarcar su actuación únicamente a lo que establece el ordenamiento jurídico notarial, tiene legitimada libertad de subordinación patronal en el ejercicio de la Función Notarial, no deben depender sus actuaciones de lo que le requieran y digan sus respectivos patronos o los usuarios de sus servicios, sino lo que se enmarca dentro de la legalidad que dicta el ordenamiento jurídico que lo regula.

i- Principio de Imparcialidad:

“... La imparcialidad pretende asegurar la adecuada prestación del ejercicio profesional en forma limpia, inmaculada. Un notario comprometido con amarras y compromisos, sesgará la redacción de documentos según su conveniencia o interés. La obligación de imparcialidad exige comportamientos muy concretos. El notario no puede ejercer cargos que impliquen la defensa de intereses particulares...”¹⁸

En este sentido, el Doctor **Antonio Fernández Golfín-Aparicio**, con ocasión del Seminario de Derecho Notarial, celebrado en nuestro país en el año de 1999 ¹⁹, nos afirma que: *“... el notario aparece como mero fedatario; es decir, como dispensador de una autenticidad que se limita a dar fe de lo que percibe; en este caso ante una imparcialidad pasiva o meramente receptiva.*

¹⁸ MORA VARGAS (Herman) op. cit., p.52.

¹⁹ Seminario de Derecho Notarial, efectuado en San José de Costa Rica, el día 30 de abril de 1999.

Sin embargo con lo anteriormente citado, se debe tener mucho cuidado, pues la imparcialidad del Notario no parece ser pasiva y más bien, desde el punto de vista del Notario como asesor es de carácter activo, ya que este debe jugar un papel informativo brindando a las partes las debidas explicaciones e implicaciones de sus actos, con el fin de asesorarlas correcta y adecuadamente.

Por otra parte:

“... Hay otro aspecto de la función notarial en que el notario aparece como documentador (redactor), en el que la imparcialidad consiste en recoger y sistematizar la voluntad de las partes, sin dar preponderancia a ninguna de ellas (imparcialidad propiamente dicha)...”²⁰

La imparcialidad comprende no solo a las partes del negocio, sino también tiene que ver con la sociedad en general y con el estado en particular, ya que la manifestación de la imparcialidad es también un estricto control de legalidad. El notario esta habilitado para dar fe, pero fe con arreglo a las leyes, rechazando de plano todo aquello que esta proscrito por ellas.

El artículo 35 del Código Notarial, establece: *“Como fedatarios públicos, los notarios deben actuar de manera imparcial y objetiva en relaciones con todas las personas que intervengan en los actos o contratos otorgados en su presencia”*.

²⁰ MORA VARGAS (Herman) op. cit., p.53.

Por su parte y en resguardo a tal principio, el artículo 7 inciso c) del mismo cuerpo de leyes, nos indica que le esta prohibido al Notario: "...Autorizar actos o contratos en los cuales tenga interés el Notario, alguno de los interpretes o los testigos instrumentales, sus respectivos cónyuges o convivientes, ascendientes, descendientes, hermanos, tíos, sobrinos por consanguinidad o afinidad. Se entenderá que ese interés existe en los actos o contratos concernientes a personas jurídicas o entidades en las cuales el Notario, sus padres, excónyuge o conviviente, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad, tengan o ejerzan cargos como directores, gerentes, administradores o representantes legales...".

En este sentido, debemos aclarar que tal prohibición se refiere a la autorización de actos o contratos; no incluye la extensión, por ejemplo, de certificaciones. El Notario, sí puede certificar información, aunque en ellas aparezcan personas como las señaladas en el inciso c) del artículo 7. En todo caso, no se puede llegar a otra conclusión porque al indicar dicho artículo "**autorizar actos o contratos**", se refiere a instrumentos públicos, nada más.

Sin embargo, es preciso indicar que dicha conclusión es meramente normativista, pues confrontado con el principio de imparcialidad, en el caso de certificaciones pueden ocasionarse igualmente daños y perjuicios; ya que el notario podría certificar algo tendenciosamente.

Podemos decir que tampoco puede interpretarse que el Notario tiene interés en aquellos asuntos en que protocoliza piezas en un juicio o un ejecutivo en el que actuó como abogado. Su interés será meramente profesional.

Cabe agregar que el actual inciso c), del artículo 7 incluyó a directores, gerentes, administradores o representantes legales, en los grados de parentesco que en dicho numeral señala, tratando de evitar la situación que prevalecía en este sentido, antes de la vigencia del Código, siendo que ante un Notario podía comparecer su hermano cuando lo hacía en condición de representante de una persona jurídica, tal situación, ahora no es permitida.

Menciona Herman Mora que "... en Costa Rica, esta es una disposición altamente transgredida. Con frecuencia las partes acuden ante el Notario que brinda confianza a una de ellas, no por su celeridad, profesionalismo u otros atributos, sino por el sesgo que le dará al instrumento. Igualmente es frecuente observar que se acude ante un Notario a fin de constituir una hipoteca quien como abogado la ejecutará posteriormente, todo al servicio de un cliente en particular. Esto es una práctica que inicia su destierro en algunos países, es el caso de Puerto Rico, donde recientemente fue sancionado un Notario por actuar de esa manera..."²¹

Posiblemente en nuestro país esta práctica no cambie en forma definitiva; en todo caso, es claro que una conducta, como la señalada, puede ser motivo de sanción

²¹ MORA VARGAS (Herman) op. cit., p.56.

cuando no se actúo con imparcialidad, por lo que intuimos que en lo sucesivo, los profesionales se cuidarán de ejercer el notariado en una forma más diáfana, y es aquí donde la fiscalización y el control que debe ejercer la Dirección Nacional de Notariado tiene un interés particular, el tratar de evitar que este tipo de situaciones se den. (Ver más adelante nuestro criterio sobre la importancia y relevancia de la Directriz 001-2001 de la Dirección Nacional de Notariado de las 10 horas del 30 de enero del 2001, que es el Reglamento de Fiscalización Notarial a lo interno y externo de la Dirección Nacional de Notariado).

Finalmente menciona la Dirección Nacional de Notariado que: "...la imparcialidad es un deber del fedatario público; encierra una actitud responsable y permanente hacia la función pública por parte del Notario, pues, por encima de todo, está obligado a velar porque exista una ponderación adecuada en su asesoramiento, de manera que siempre tienda a salvaguardar la fe pública para la cual fue habilitado legalmente, como fin primordial en la prestación del servicio".²²

A nuestro criterio, el principio de imparcialidad libera al Notario de cualquier tipo de atadura, de cualquier tipo de subordinación jurídica, le permite ejercer la Función Notarial y realizar su trabajo con absoluta independencia. Lo coloca lejos de tomar partido en contra o favor de los usuarios de sus servicios.

²² Dirección Nacional de Notariado, Directriz N° 006-99.

Asimismo, contrario a pensar que estando el Notario al servicio de la Administración Pública en determinada institución parcialice o incline corruptamente sus intereses ya sea a favor de su patrono o en contra de éste; o por otro lado, a favor o en contra de usuarios particulares involucrados con la institución y los servicios que ésta presta, creemos que el principio de imparcialidad moldea el correcto y adecuado comportamiento del Notario en el ejercicio de sus funciones, independientemente del régimen en que se desempeñe; más aun tratándose de que presta sus servicios a la Administración Pública, bajo el régimen de estudio, donde es tan delicada cada actuación que debe efectuar el funcionario público. De igual forma, dicha imparcialidad puede ser violentada por cualquier tipo de Notario, situación que implicaría la aplicación inmediata del régimen disciplinario sobre éste, sin importar donde desempeñe sus funciones, por parte de la Dirección Nacional de Notariado.

j- Principio de Legalidad:

Este principio establece que el Notario debe adecuar la voluntad de las partes con las normas que regulan el negocio, enmarcarlo y autorizarlo. Es aquí donde la figura de la legalización notarial, es decir ejercer la Función Notarial acorde a la ley, cobra sentido, pues es la función mediante la cual el fedatario verifica el enlace, es decir el contraste del acto con la norma de derecho aplicable. El Notario debe enmarcar las voluntades de las partes dentro del marco jurídico notarial que lo rige, garantizando así a los usuarios de los servicios notariales, eficiencia, idoneidad, integridad, independencia, autonomía e imparcialidad y por supuesto la legalidad que dé validez y eficacia a los actos o contratos notariales que realice. Por otro lado,

garantiza el debido respeto al espíritu del legislador en su afán de un ejercicio de la Función Notarial correcto, adecuado y dentro de los cánones por él propuestos.

Asimismo, creemos que el “Régimen de los Notarios de Planta al servicio de las Instituciones Públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva”, no está fuera de la legalidad ya que como se verá más adelante esta tutelado en el Ordenamiento Jurídico Notarial y se ajusta a todos los principios antes analizados y a las exigencias de las instituciones públicas en el cabal cumplimiento de sus fines y objetivos.

k- Seguridad Jurídica:

Debemos saber que el principal objetivo del actual Código Notarial es garantizar seguridad jurídica a todos los actos y contratos que requieran los usuarios de los servicios notariales, claro está dentro del marco de legalidad supra.

Asimismo, creemos firmemente es el fin principal de nuestra Dirección Nacional de Notariado, por lo que problemáticas como la que atañen al presente estudio, consideramos son un fiel reflejo de retrocesos, burocracia y controversias innecesarias que atentan contra la Función Notarial y los principios anteriormente expuestos y que a nuestro criterio desconcentran los fines y objetivos de fiscalización y control que debe llevar a cabo la Dirección Nacional de Notariado en la protección y cuidado de la Función Notarial en aras de un servicio válido y eficaz en beneficio del propio Estado, sus instituciones públicas y usuarios particulares de tales servicios.

1.2.5 DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y SITUACIONES JURÍDICAS CONSOLIDADAS:

Cita el Licenciado Germán Eduardo Cascante Castillo²³ que:

“Con bastante frecuencia se escucha a los litigantes o interesados argumentar que determinada normativa no les es aplicable, porque de hacerlo, se violarían “los derechos adquiridos”. La expresión se usa indistintamente en diversas ramas del Derecho, para diferentes situaciones, muchas veces sin clara conciencia jurídica del concepto que se está empleando. A veces se confunde esa figura con la de “situación jurídica consolidada” y a veces, incluso, se utiliza para denominar condiciones que no tienen absolutamente nada que ver con aquel concepto... El tema de los “derechos adquiridos” adquiere relevancia académica y práctica como consecuencia del “principio constitucional de irretroactividad de las leyes”, en perjuicio de las personas y de su patrimonio; ... así como intentar descubrir si dicho concepto tiene aplicación en el Derecho Administrativo y como se ejecuta en el Derecho Laboral...”

Así las cosas, para el ilustre jurista, Guillermo Cabanellas de Torres, “Adquirir es: lograr un derecho. Conseguir algo mediante trabajo o industria de uno”²⁴; de donde resulta que “derecho adquirido” sería una redundancia, aunque denota una especie de fórmula pasada o consolidada.

²³ Al respecto ver el estudio realizado por el Licenciado Germán Eduardo Cascante Castillo, denominado “Algunas Consideraciones sobre Derechos Adquiridos”, publicado en la Revista de Relaciones Laborales No. 1.

²⁴ Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, pág. 121.

En otras palabras, mientras “adquirir” es infinitivo y denota acción de estarse realizando, “adquirido” implicaría ya logrado, consolidado.

El mismo autor, dice que “Derecho Adquirido” es:

“El que por razón de la misma ley se encuentra irrevocable y definitivamente incorporado al patrimonio de una persona; como la propiedad ganada por usucapión, una vez transcurrido el tiempo y concurriendo los demás requisitos sobre intención, título y buena fe”. En otros términos, “El derecho adquirido, el creado al amparo de una legislación, choca con el nuevo derecho cuando éste introduce una disposición que suprime o modifica la precedente situación jurídica. En principio, y por efecto de la irretroactividad de las leyes, salvo expresa indicación en contrario, (...), o en forma absoluta, con exclusión de tal posibilidad (...), los derechos adquiridos son respetados por la nueva ley”.²⁵

Del anterior concepto se derivan varias cuestiones:

Primero que el “derecho adquirido” es un “derecho cierto, sin duda; pues está incorporado al patrimonio de una persona. Sobre “derecho cierto”, señala Cabanellas que es: “El de existencia determinada, el que consta manifiestamente, y contra el cual no cabe duda fundada, por haberse adquirido de conformidad con la legislación vigente entonces y por la incorporación definitiva al patrimonio del titular”.²⁶

²⁵ *Ibídem*, p. 633.

²⁶ *Ibídem*, p. 636.

Por otro lado, “patrimonio”, según el mismo autor citado, es: “El conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas u obligaciones de índole económica”/ “Bienes propios, adquiridos personalmente por cualquier título”.²⁷

Segundo, cabe preguntarse si cuando viene una nueva legislación que contradice aquella que permitió el nacimiento del “derecho” éste persiste a pesar de la existencia de esa nueva ley.

Los conceptos dados anteriormente en relación con el “derecho adquirido” obedecen principalmente a una perspectiva del Derecho Civil, del Derecho Común, sin embargo es importante para efectos de nuestro trabajo, averiguar que entienden el Derecho Administrativo y los estudiosos de esta rama del Derecho, por “derecho adquirido”.

Indican los autores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, que los “derechos adquiridos” no son otra cosa que “situaciones jurídicas subjetivas”. En tal sentido indican:

“Las situaciones jurídicas subjetivas son, por el contrario, situaciones individuales, especiales y temporales. Su extensión y su alcance son determinadas por un acto o negocio jurídico, no directamente por la Ley, que se limita a hacer posible la conclusión de ese acto o negocio (un contrato, por ejemplo). Este negocio singular e

²⁷ Ibidem, p. 250.

individual no puede verse afectado por la norma posterior. Para que pueda hablarse de derechos adquiridos propiamente tales, es necesario, por tanto, que se trate de situaciones subjetivas. Las situaciones simplemente objetivas, generales, estatutarias, no dan lugar al nacimiento de verdaderos derechos inmodificables, sino que son esencialmente sustituibles a través de regulaciones nuevas... Así, por ejemplo, el funcionario no tiene derecho a exigir que no se le modifique su sueldo para el futuro. La Administración es libre de fijar reglamentariamente una retribución u otra como parte del contenido del status funcional. En cambio, no puede modificar los derechos ya devengados singular e individualmente por un funcionario concreto. Estas retribuciones ya devengadas son verdaderos derechos de crédito contra la Administración. Las retribuciones futuras son en cambio, simples expectativas, libremente modificables con carácter general”.²⁸ (El subrayado no corresponde al original).

²⁸ “Las situaciones objetivas, legales o reglamentarias son generales y configuran status jurídicos de todas las personas a las que se refieren y no son efecto de un acto eventualmente existente, acto que no es más que una condición de la aplicación de la ley misma. Situaciones jurídicas objetivas son, por ejemplo, las relativas al estado y capacidad de las personas, a la nacionalidad, al estado familiar, al régimen de propiedad, a la situación de los funcionarios, etc. Si una ley modifica estas situaciones no por ello puede decirse que tenga efectos retroactivos, ni que perjudique derechos preexistentes. No tiene efectos retroactivos porque la modificación es hacia el futuro (por ejemplo, a partir de la publicación de la nueva ley, no antes de ella, la mayoría legal de edad será a los dieciocho años). No perjudica derechos preexistentes, porque nacida de la ley y no del acto, ha de seguir todas las vicisitudes de la Ley, frente a la que no cabe esgrimir derecho alguno (por ejemplo, un funcionario no puede exigir que se mantenga invariable a lo largo de su carrera administrativa el horario de trabajo existente en el momento en que ingresó al servicio)”. EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA Y TOMAS RAMON FERNANDEZ, “Curso de Derecho Administrativo I”, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1980, página 77.

De la transcripción hecha, se puede ver que con el término de “**situaciones subjetivas**”, los autores parecen referirse a dos conceptos distintos: el de situación jurídica subjetiva y el de derecho adquirido, según los términos señalados en el artículo 34 de la Constitución Política, el cual reza:

“Artículo 34.- A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas”.²⁹

El anterior numeral constitucional, se refiere a la irretroactividad de las leyes como una “garantía o derecho individual” de los costarricenses y de toda persona que viva en el suelo nacional. La irretroactividad legal se garantiza cuando se pretenda aplicar en “perjuicio” de alguna persona, de sus “derechos adquiridos” (la Constitución reitera la idea de patrimonio) o de sus “situaciones jurídicas consolidadas”. En otras palabras, la “irretroactividad legal”, y su aplicación con carácter retroactivo, si podría darse en beneficio de las personas o de aquellas situaciones indicadas.

Por otra parte, en lo respecta a la diferencia entre “derecho adquirido” y “situación jurídica consolidada”, el primero es aquel ya incorporado al patrimonio (conjunto de bienes, derechos y créditos de una persona, y su pasivo, deudas y obligaciones económicas, según terminología de Cabanellas), de ahí que no sea posible a la ley revertir esa situación de hecho, ya que no solo hay una imposibilidad

²⁹ Al respecto ver el artículo 34I de la Constitución Política de la República de Costa Rica,.

constitucional, sino material; la Constitución, en cierta forma, no hace sino reconocer esa circunstancia en esta cuestión específica. Mientras que la “situación jurídica consolidada” es la posición en que se encuentran los sujetos, en virtud de un contrato realizado conforme a la ley, es decir, sería la condición o situación de deudor o acreedor en que se encuentra el sujeto, según los términos del contrato efectuado. Esa condición o situación deriva no de la ley, la cual sólo se utilizó para hacer el “convenio, sino del contrato mismo (hecho de conformidad con la ley vigente).³⁰

Asimismo, cita el autor:

“Con frecuencia, durante la carrera de Derecho,... se enseñaba que el “derecho adquirido” provenía directamente de la ley; sin embargo, puede derivarse de la ejecución del contrato, en virtud de éste. Así, tendríamos que, con relación a un contrato, puede darse un acreedor que lo fue y otro (aunque físicamente sea el mismo) que lo es “potencialmente”, respecto de prestaciones futuras; en el primer caso, el acreedor lo fue por que ya recibió la prestación debida por otro y, en el segundo, lo será porque aún no es exigible esa prestación, pero muy probablemente lo será y se llevará a cabo. Véase, pues, que en virtud del contrato legalmente realizado pueden darse las dos figuras: la “situación jurídica consolidada” (el carácter de acreedor o de deudor) y los “derechos adquiridos” (aquellos bienes, derechos o créditos incorporados al patrimonio de la persona acreedora, según dicho contrato”.³¹

³⁰ CASCANTE CASTILLO (Germán Eduardo), op.cit., p.9.

³¹ Ibidem, pág. 10.

La Sala Constitucional ha externado en cuanto a la diferencia entre ambos términos lo siguiente:

“Los conceptos de “derecho adquirido” y “situación jurídica consolidada” aparecen estrechamente relacionados en la doctrina constitucionalista. Es dable afirmar que, en términos generales, el primero denota a aquella circunstancia consumada en la que una cosa -material o inmaterial, trátase de un bien previamente ajeno o de un derecho antes inexistente- ha ingresado en (o incidido sobre) la esfera patrimonial de la persona, de manera que ésta experimenta una ventaja o beneficio constatable. Por su parte, la “situación jurídica consolidada” representa no tanto un plus patrimonial, sino un estado de cosas definido plenamente en cuanto a sus características jurídicas y a sus efectos , aún cuando éstos no se hayan extinguido aún. Lo relevante en cuanto a la situación jurídica consolidada, precisamente, no es que esos efectos todavía perduren o no, sino que- por virtud de mandato legal o de una sentencia que así lo haya declarado- haya surgido ya a la vida jurídica una regla, clara y definida, que conecta a un supuesto fáctico (hecho condicionante) con una consecuencia dada (efecto condicionado). Desde esa óptica, la situación de la persona viene dada por una proposición lógica del tipo “si..., entonces...” ; vale decir; si se ha dado el hecho condicionante, entonces la “situación jurídica consolidada” implica que, necesariamente deberá darse también el efecto condicionado. En ambos casos, (derecho adquirido o situación jurídica consolidada), el ordenamiento protege -tornándola intangible- la situación de quien obtuvo el derecho o disfruta de la situación, por razones de equidad y de certeza jurídica. En este caso, la garantía

*constitucional de la irretroactividad de la ley se traduce en la certidumbre de que un cambio en el ordenamiento no puede tener la consecuencia de sustraer el bien o el derecho ya adquirido del patrimonio de la persona, o de provocar que si se había dado el presupuesto fáctico con anterioridad a la reforma legal, ya no surja la consecuencia (provechosa, se entiende) que el interesado esperaba de la situación jurídica consolidada.*³²

Igualmente, el concepto de derecho adquirido fue ampliamente desarrollado por la Sala Constitucional en el Voto número 179 de las 15:00 horas del 30 de junio de 1999, que a continuación se transcribe en lo que interesa:

“La teoría de los derechos adquiridos surge a raíz de los estudios relacionados con la aplicación de la Ley en el tiempo y, principalmente, con el principio de la irretroactividad de la ley, contemplado en el artículo 34 de nuestra Carta Magna. Dicha teoría, ha dado lugar a una importante y amplia discusión doctrinal, en el Derecho Comparado, de la cual se obtienen diversas definiciones, de lo que puede entenderse como un derecho adquirido. En efecto, la concepción tradicional ha sido la de Merlin, quién indicó que “derechos adquiridos son aquellos que han entrado a nuestro patrimonio, que hacen parte de él y que no pueden sernos arrebatados por aquél de quién los hubimos”. Por su parte, Chabot de L’Allier, lo definió como “aquél que había sido irrevocablemente conferido y definitivamente adquirido antes del hecho, del acto o de la ley que se le pretende oponer para impedir el pleno y entero goce de

³² Voto de la Sala Constitucional No. 2765-97 de las 15:03 horas del 20 de mayo de 1997.

él". Blondeau, por su parte, funda su teoría en la noción fundamental de "esperanza", derivando de ahí, no sólo la concepción del derecho adquirido, sino también la de expectativa; indicando que, la ley nueva, no puede lesionar los derechos adquiridos. Todas estas definiciones no han estado exentas de críticas, pero nos dan una noción aproximada de lo que ha de entenderse por derecho adquirido. Más adelante, Vergara, en la elaboración de su teoría, manifestó: "Una vez consumada la existencia de los hechos o condiciones a que la ley ha unido el poder de formar o constituir un derecho, éste principia a existir luego con el poder de desarrollarse en lo sucesivo produciendo todos los efectos que habría producido bajo el imperio de la ley que procedió a su formación..." Bajo ese mismo pensamiento, Fiore, conceptuó el derecho adquirido como "aquél que se debe tener por nacido en el ejercicio integralmente realizado o por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor para atribuir dicho derecho, pero que no fue consumado enteramente antes de haber comenzado a estar en vigor la ley nueva." Con mayor claridad, el autor Julián Restrepo Hernández, expuso esta teoría y, al respecto, señaló que, en toda disposición legal, hay un elemento material y otro formal. El primero se refiere al supuesto o hipótesis de hecho, previstos en la norma y, el formal, a la conclusión jurídica surgida como directa consecuencia del acaecimiento de aquellos supuestos e hipótesis fácticos. Verificado el hecho, nacen los efectos jurídicos que la ley le asigna y, que son, precisamente, los derechos adquiridos. De esa manera, las consecuencias de un hecho anterior a la ley nueva, no pueden ser desconocidas ni destruidas por ésta, cuando se hayan producido antes de que entre en vigor la nueva ley o, cuando no hubieren acontecido, se relacionen a su causa, como un resultado necesario y directo.

La teoría de Bonnacase, de gran importancia y trascendencia, abandonando la discusión sobre los derechos adquiridos y las meras expectativas, estableció que la regla de la no retroactividad de las leyes significa, rigurosamente, que una ley nueva no puede vulnerar o atacar una situación jurídica concreta, nacida bajo el imperio de la ley antigua y considerada tanto en sus efectos pasados y en su existencia, como en sus efectos futuros, tal como los determinaba la ley derogada; entendiendo por situación jurídica, la manera de ser de cada uno, respecto de una regla de derecho o institución jurídica, que se concretiza cuando se pone en funcionamiento la ley. (ZULETA ANGEL, Eduardo. Estudios Jurídicos, Bogota, Editorial Temis, 1974, pp. 18-71. Respecto del mismo tema, también pueden consultarse las siguientes obras: ARANGO VALENCIA, Jorge. Derechos Adquiridos, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, primera edición, 1983, pp. 25-58; GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, México, Editorial Porrúa, cuarta edición, 1951, pp. 377-391). En nuestro medio, Rubén Hernández Valle, bajo la misma inteligencia, señala que “un derecho se adquiere o una situación jurídica se consolida cuando se realiza la situación de hecho prevista por la norma para que se produzcan los efectos que la misma disposición regula.” (El Derecho de la Constitución, Volumen I, San José, Editorial Juricentro, primera edición, 1993, p. 532). Sobre el tema, también resulta de interés, el texto de Carlos M. Coto Albán, incluido en la obra La Jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho, San José, EUNED, Manavella Bertolini y Hubert Fernández, Editores, primera edición, 1996, pp. 407 y siguientes.³³

³³ Voto N° 179 de las 15:00 horas del 30 de junio de 1999.

De lo anterior se colige que el derecho se adquiere cuando se cumplen los presupuestos de hecho que la norma contempla para su reconocimiento, independientemente de que haya sido declarado o hecho efectivo. En el caso en estudio, el derecho que está en juego es el de la existencia de un Régimen de Notarios de Planta al servicio de las instituciones públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva, conceptualizado en páginas anteriores y sobre el cual vale decir, en relación a todo lo apuntado supra, sobre derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, que es un régimen que existía y ejercía con anterioridad al Código Notarial actual, realizando los notarios que forman parte de él un contrato previo con la Institución para la cual presta sus servicios de notariado, bajo un estipendio de tipo salarial, así como la realización de un contrato de dedicación exclusiva, por el cual recibirá un plus adicional al salario, por tal hecho.

Así las cosas, el notario que se desempeñaba en tal régimen, ya se encontraba habilitado como tal para el ejercicio del notariado, además se encontraba bajo un régimen disciplinario distinto al actual sí, pero que no implicaba colisión con la relación de empleo público en la se encontraba, por lo que podría hablarse de que ya existían para ellos derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas que los amparaban ante un eventual cambio en el ordenamiento jurídico notarial o desde otro punto de vista podrían no existir dichos derechos o situaciones jurídicas, si se analizan desde la óptica del ámbito del Derecho Público, dentro del cual se desenvolvían estos notarios.

Sin embargo, a criterio nuestro el tema de los derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, no debería significar el problema principal para los efectos de verificar si dichos conceptos que defienden los notarios en virtud de intereses individuales, con la firme intención de validar el “Régimen de Notarios de Planta al servicio de las Instituciones Públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva” en el cual se desempeñan, pueden ser oponibles al interés supraindividual de la prestación del asesoramiento notarial como producto del ejercicio de un servicio público, ya que según se verá más adelante, el actual Código Notarial, siguió tutelando la existencia de dicho Régimen, fue incluido en éste por el espíritu del legislador, en aras de sus intereses, páginas atrás expuestos.

Lo que nos resulta extraño, es la posición adoptada por la Dirección Nacional de Notariado en cuanto al tema, ya que hasta podría decirse que ha existido cierto tipo de contradicción por parte de ésta, basándonos en que en su Directriz No. 002-99 de las diez horas del 7 de enero de 1999 dispuso in fine:

“Esta Dirección está proponiendo a la Asamblea Legislativa la introducción de un nuevo transitorio que contemple la tutela de los derechos adquiridos de los actuales notarios públicos al servicio de la Administración Pública con el siguiente texto:

AGREGADO DE UN TRANSITORIO XIII:

Se propone incluir un nuevo Transitorio XIII que indique:

“TRANSITORIO XIII.- A los notarios públicos que a la fecha de promulgación de este Código, tuvieron derechos adquiridos, en virtud de situaciones jurídicas consolidadas, no les serán aplicables las prohibiciones contenidas en los incisos b) y e) del artículo 7, ni las del artículo 8, ambos de la presente ley.”-

Puede notarse de lo anterior, que la Dirección Nacional de Notariado, es consciente, de la existencia del Régimen de estudio, sin embargo, sin ninguna explicación en sus directrices posteriores, y analizadas más adelante, no le da ninguna validez al mencionado régimen.

No obstante lo anterior, la existencia del discutido régimen está tutelada por el Código Notarial actual, asimismo, fue ratificada por nuestra Sala Constitucional en el Voto 1483-2001 de las 15 horas con 30 minutos del 21 de febrero del 2001, el que más adelante se analizará.

1.3 DIAGNOSTICO GENERAL:

1.3.1 ANALISIS HISTORICO DE LA FUNCION NOTARIAL:

a- Síntesis Histórica de la Evolución y el Control del Ejercicio de la Función Notarial y del Derecho Notarial en Costa Rica:

La función notarial es el resultado de un proceso de prueba y error, en atención a un llamado social: lograr la seguridad universal en el espacio y en el tiempo,³⁴ ya que la seguridad nos ofrece un sentimiento de protección frente a la incertidumbre y la desconfianza.

Los miembros de una sociedad pueden estar entre sí, en tres posiciones: indiferencia, paz y acuerdo; y desde este punto de vista es que se enfoca al derecho notarial, como el acuerdo, su razón de ser, su génesis y su naturaleza.

Sabemos que las primeras agrupaciones humanas no necesitaron de un Notario, lo reducido del grupo permitía que los actos fueran conocidos por todos³⁵. Como los grupos eran relativamente pequeños, todos sabían y conocían al propietario y lo ligaban con la propiedad. Cuando los grupos fueron mayores, buscaron medios

³⁴ MORA VARGAS (Herman) Manual de Derecho Notarial, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, primera edición, 1999, p.27.

³⁵ SALAS MARRERO (Oscar), Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá, San José, Editorial Costa Rica, primera edición, 1973, p.21.

más evidentes para demostrar los acuerdos que se tomaban, por ejemplo, los pregonaban en la puerta de la ciudad, o bien en el púlpito de la Catedral durante la Edad Media, lo que nos lleva al hecho de que antes de la escritura, los efectos de las transacciones perduraban en la memoria social. Luego, al desarrollarse la escritura, esta se convirtió en la herramienta óptima para guardar la perdurabilidad del evento.

Con la documentación de las transacciones, se llegó a requerir de un perito, quien debía ser un experto en el arte de escribir, para que la comunidad aceptara el documento y le brindara autenticidad.

Esta labor cotidiana provocó la conformación de algunos expertos y dio origen a un oficio ejercido por medio de especialistas capaces de indagar e interpretar las voluntades e interferir en ellas en virtud de su asesoramiento. Con el paso del tiempo, el documento que ofrecía seguridad era redactado solamente por estos funcionarios, quienes ya conocían su oficio. Fue de esta forma y aún hoy lo sigue siendo, como la comunidad otorgaba al funcionario el poder de brindar seguridad al documento.³⁶

En nuestro país, durante la Época Colonial se aplicaron principalmente las Leyes de Castilla y las de Indias, es decir, dicha normativa fue impuesta por las autoridades españolas para las colonias americanas. En la recopilación de las Leyes de Indias se regula todo lo referente a los escribanos.

³⁶ MORA VARGAS (Herman) op. cit., p.30.

En esa época, para optar por el desempeño de la función notarial se exigían:

- Título académico de escribano
- Pagar una suma al Fisco Real
- Obtener el nombramiento de parte del Rey de Castilla

La ley permitía al Gobernador y en su defecto al Teniente Gobernador, asistido por dos Capitulares, ejercer la función notarial. Además facultaba a dichas autoridades así como al llamado Escribano de Gobernación, en el caso, para éste último, cuando no existieran los dos funcionarios antes mencionados, a nombrar escribanos provisionales. Dichas disposiciones legales tenían por objeto proveer de escribanos los lugares aislados.

Podemos distinguir en este periodo tres clases de Notarios:

- ***Escribanos del Número o Numerarios:*** desempeñaban sus funciones en las ciudades y centros de población importantes. Se les daba este nombre porque la legislación establecía un número fijo de ellos para cada lugar.
- ***Escribanos de Provincia:*** por desempeñar sus funciones en América.
- Y por último, aquellos que por no tener oficio se limitaban a realizar ciertas notificaciones, embargos y otras diligencias por delegación de los demás escribanos.

Durante la Época de la Federación Centroamericana (1823-1844), se dan pocas innovaciones en cuanto a la legislación referente al Notariado, continuaron vigentes las leyes españolas y las autoridades federales, así como las de nuestra Provincia, las cuales estaban sujetas a la potestad de aquéllas.

Según el jurista Iván Palacios Echeverría, se emitieron una serie de decretos destinados a regir el Derecho Notarial, entre los cuales destacaban los siguientes:

1. Decreto de 9 de agosto de 1823: dictado por la Asamblea Nacional Constituyente de las Provincias Unidas de Centroamérica, el cual disponía que: “Al despachar el Supremo Poder Ejecutivo títulos de escribano, no exigirá servicio pecuniario”. Se considera que esta disposición representa un notable avance, ya que con ella se eliminó la compra de títulos de Notario.

2. Decreto de 20 de enero de 1825: dictado por la Asamblea Nacional Constituyente de la República Federal de Centroamérica; el citado decreto estableció dos tipos de depositario de la fe pública:

➤ ***Escribanos Nacionales o Federales:*** eran nombrados por el Gobierno Supremo de la República Federal (artículo 1). Para optar por tal título debían rendir un examen ante la Corte Suprema de Justicia y mientras esta no estuviera instalada, ante la Corte Superior del Estado a que pertenezca el

pretendiente o ante aquella a la cual fuera destinado por el Gobierno Supremo (artículo 3).

- **Escribanos de los Estados:** los cuales eran nombrados por los gobiernos de sus respectivas Provincias, debiendo rendir un examen ante las Cortes Superiores de Justicia respectivas (artículos 2 y 3).

El Gobierno Federal y los Gobiernos de los Estados debían comunicarse recíprocamente los nombramientos de escribanos, su firma y el signo que usarían (artículo 3).

En Costa Rica existieron tres clases de escribanos: el público o de Gobierno, el público o de Registro de Minas y el Notario Eclesiástico.

Para poder ejercer el notariado se exigían los siguientes requisitos:

- Saber leer, escribir y firmar
- Tener dinero suficiente para poder adquirir la escribanía, la cual era adjudicada en subasta pública, nótese que estos requisitos resultan algo precarios ya que no se exigía a los individuos ningún tipo de preparación académica especializada y la forma de adquirir la escribanía era muy controvertida.

En 1820 el Congreso Costarricense emitió la orden de 20 de diciembre del mismo año, que facultaba al Poder Ejecutivo a establecer las escribanías que a su juicio fueren necesarias.

Durante la época que va desde la conformación de Costa Rica como Estado Independiente, hasta la promulgación de la Ley Orgánica de Notariado de 12 de octubre 1887, se dieron un conjunto de normas que no guardaban sistematización alguna, referentes al Notariado.

El 10 de abril de 1844 se dictó el Formulario de Actuaciones y Cartulaciones, el cual dedicó su parte tercera a regular todo lo referente a las cartulaciones. Este instrumento legal dispuso que podrían cartular los escribanos autorizados por la Cámara Judicial, los Jueces de Primera Instancia y los Alcaldes.

Posteriormente se promulgó la Ley Reglamentaria de Justicia³⁷, en donde se disponía en su artículo 242 que: *“No habrá escribanos generales en el Estado: los Jueces de Primera Instancia y los Alcaldes constitucionales en sus casos, son los depositarios de la fe pública; y tanto ellos como los que administran justicia en los fueros eclesiásticos y militar, actuarán con dos testigos de asistencia que firmarán lo actuado. Esta prohibición no comprende al Vicario Eclesiástico que actuará con su Notario”*.

³⁷ Ley contenida en Decreto Ejecutivo No. LIV del 4 de noviembre de 1845.

Durante este periodo se dictaron varios decretos que nos parece interesante rescatar por el hecho de que establecieron las pautas a seguir en el ejercicio de la función notarial, entre ellos podemos citar:

- 1- El Decreto Ejecutivo número XIII de 23 de mayo de 1878:** creó la oficina de Archivos Judiciales, Civiles y de Comercio y de Cartulación Superior de la Provincia, como dependencia de la Suprema Corte de Justicia (artículo 1). En dicha oficina se custodiaban las causas, expedientes civiles y de comercio y los protocolos fenecidos. También se remitían los protocolos corrientes de los Jueces de Primera Instancia Civiles y de Comercio (artículo 2).

La Oficina de Archivos Judiciales estaría a cargo de un Archivero Cartulario (artículo 3) quien debía llevar la cartulación de la Provincia de San José, respecto de las transacciones y asuntos cuyo valor fuere superior a cinco mil pesos (artículo 6)

- 2- El Decreto número XXIII de 14 de julio de 1881:** derogó el Decreto número XIII del 23 de mayo de 1878, en la parte referente a la creación del Archivero Cartulario (artículo 1) y dispuso que la cartulación y los archivos quedasen a cargo de los Jueces de Primera Instancia (artículo 2).

3- El Decreto número XXV de 23 de julio de 1881: creó los Archivos Nacionales con fe pública para extender testimonios y certificaciones de los documentos, incluyendo los notariales que se encuentran a su cargo.

Con la promulgación de la Ley Orgánica de Notariado de 12 de octubre de 1887, surge una nueva etapa en la historia de la evolución del Notariado en Costa Rica, ya que la misma representa el primer cuerpo que de un modo sistemático viene a regular dicha materia en nuestro país.

Al respecto opina **Salas Marrero**: *“...la citada ley fue el primer ordenamiento jurídico completo que tuvo el Derecho Notarial en Costa Rica...”*³⁸

Asimismo, señalaba que a falta de Notario con oficina abierta, tendrían fe pública y ejercerían las funciones de tal, en las cabeceras de la Provincia y de Comarcas, los Jueces de Primera Instancia, en lo civil; y en las cabeceras de Cantón los Alcaldes (artículo 3).

Por otra parte, los Agentes Diplomáticos y Consulares de Costa Rica, podían en los lugares de residencia, ejercer las funciones de Notario respecto de los actos y contratos que se ejecutaron u otorgaron por costarricenses (artículo 108).

³⁸ SALAS MARRERO (Oscar) op. cit., p.30.

Se establecían como requisitos para ejercer el Notariado los siguientes:³⁹

- Ser ciudadano en ejercicio, mayor de edad y del estado seglar
- Bachiller en Filosofía, Artes o Ciencias
- Buena conducta y notoria honradez
- Tener conocimientos jurídicos
- No estar impedido legalmente para el ejercicio del Notariado

De lo anterior se puede observar el hecho de que no se exigía ser Profesional en Derecho, ya que si se hubiera exigido esta formalidad, muy pocos hubieran podido ejercer la Función Notarial.

La potestad disciplinaria con respecto a los Notarios era ejercida por el Supremo Tribunal de Justicia (artículo 28).

Hacemos referencia a todo lo anterior para que el lector se de cuenta de una manera general cual ha sido la evolución histórica de la figura del Notario en el ejercicio de la Función Notarial costarricense.

³⁹ Ver artículo 60 de la Ley Orgánica de Notariado de 1887.

b- Los Órganos de Control de la Función Notarial:

b.1- Ley Orgánica de Notariado

Situándonos ya en nuestros tiempos cabe indicar que la situación del control sobre el ejercicio de la Función Notarial en nuestro país llegó a establecerse con la Ley Orgánica de Notariado, Ley N° 39 de 5 de enero de 1943, la cual vino a derogar la antigua Ley Orgánica de Notariado de 12 de octubre de 1887 y sus reformas, y las otras que se opusieran a su aplicación.

En lo que respecta al órgano encargado de ejercer el control sobre el ejercicio de la Función Notarial por parte de los Notarios en todo el territorio nacional, dicha ley establecía en su artículo 22 que la jurisdicción disciplinaria sobre los Notarios la ejercía la Corte Plena, la cual podía apercibirlos, reprenderlos y suspenderlos en sus funciones y aún retirarles la licencia definitivamente para ejercer la profesión.

Tal función de la Corte Plena recayó tiempo después en la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, la cual durante años fue la encargada de regular y fiscalizar toda la jurisdicción disciplinaria sobre los Notarios. Dicho control, se tornó cada vez menos eficiente debido a la proliferación de Notarios, y debido también a que esta Sala tenía a su cargo la jurisdicción de otro tipo de materias como la tercera instancia rogada en asuntos de trabajo, juicios ordinarios o abreviados de familia o de derecho sucesorio, juicios universales, demandas de responsabilidad civil contra los jueces integrantes de los tribunales colegiados de cualquier materia, competencias en

asuntos de jurisdicción laboral, cuando no correspondía resolverlos a otros tribunales de esa materia, dando como resultado una gran ineficiencia por parte de la misma para controlar el ejercicio del Derecho Notarial, haciéndose necesario la creación de un nuevo ente encargado exclusivamente de ejercer el control sobre dicha función. Existía además, la gran preocupación por parte de nuestros legisladores de sacar de manos de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia el régimen disciplinario aplicable a los Notarios, por considerar que ya era hora de darle la importancia que la Función Notarial tiene por sí misma y por lo que debía existir un ente especializado en cumplir con la labor disciplinaria.⁴⁰

b.2- Código Notarial:

Con la puesta en vigencia del actual Código Notarial⁴¹, el cual recoge en un solo cuerpo todas las disposiciones sobre las actuaciones de los Notarios en forma sistemática y metódica, se da la creación de la ***Dirección Nacional de Notariado***.

La Dirección Nacional de Notariado no debe considerarse como un órgano de actuación jurisdiccional, sino como un órgano de competencia administrativa⁴², a pesar de que es una institución dependiente del Poder Judicial. Su finalidad es la de organizar adecuadamente, en todo el territorio costarricense, tanto la actividad notarial, como su vigilancia y control.⁴³ Esto acarrea tres funciones principales a saber:

⁴⁰ Acta de la Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, Sesiones del 14 de noviembre y 21 de noviembre de 1996.

⁴¹ Ley N° 7764 de 17 de abril de 1998, publicada en La Gaceta del 22 de mayo de 1998.

⁴² MORA VARGAS (Herman), op. cit., p.180.

⁴³ Al respecto consultar el artículo 22 del Código Notarial.

1.- Una Función Administrativa: que implica para la Dirección Nacional de Notariado la organización de toda la actividad notarial de nuestro país, como órgano supremo de dicha actividad, teniendo a su cargo el cumplimiento de funciones como la habilitación de Notarios, el registro de los mismos, la entrega y apertura de tomos de protocolo y la administración y manejo del Fondo de Garantía Notarial.

2.- Una función fiscalizadora: que tiene como fin que el ejercicio de la función notarial se lleve a cabo de manera eficiente e idónea acorde con lo que establece nuestro Código Notarial y en fiel cumplimiento de los principios que informan dicha función. Aquí, cabe mencionar que con la reciente emisión del **Reglamento de Fiscalización Notarial a lo interno y externo de la Dirección Nacional de Notariado**⁴⁴, se ha dado un gran paso en pro del correcto y adecuado ejercicio del cual debe ser objeto la función notarial. Asimismo, en tal Reglamento se establece que “la fiscalización de la Actividad Notarial es el conjunto de acciones ordinarias y extraordinarias que la Dirección Nacional de Notariado dirige a la vigilancia y control de la actividad notarial en todas sus dimensiones; con el fin de constatar el apego de los Notarios a la normativa que regula la materia notarial y registral y detectar las infracciones que éstos cometan contra esas disposiciones, en cuyo caso, se procederá a formular la denuncia respectiva ante las instancias competentes, según lo determine la ley. Las labores de control y vigilancia serán ejecutadas por la Dirección Nacional de

⁴⁴ Directriz número 001-2001 de las 10 horas del 30 de enero del 2001 emitida por la Dirección Nacional de Notariado.

Notariado a través de sus funcionarios y los Fiscales Notariales que ésta designará para tal efecto...”⁴⁵

3.- Una Función Sancionatoria a través de su Régimen Disciplinario: que implica para la Dirección Nacional de Notariado “... decretar las suspensiones en los casos de impedimento señalados en el artículo 4 de esta ley, así como cuando falten requisitos o condiciones para el ejercicio del Notariado. También es competencia de esa Dirección disciplinar a los Notarios por incumplir los lineamientos y las directrices o exigencias dispuestas por la propia Dirección o por cualquier otra dependencia en el ejercicio de sus funciones, así como por la falta de presentación de los índices notariales.”⁴⁶

4.- Potestad Reglamentaria en la emisión de Directrices: Entre las atribuciones que competen a la Dirección Nacional de Notariado y que se encuentran señaladas en el artículo 24 del Código Notarial, cabe citar para efectos del presente trabajo la siguiente:

- Emitir lineamientos de acatamiento obligatorio (directrices) y resolver gestiones de la función notarial.

En lo que respecta a lo anterior, cabe destacar aquí, la importancia, relevancia y el carácter de obligatorio acatamiento de las directrices que emite la Dirección

⁴⁵ Al respecto ver el artículo 1° del Reglamento de Fiscalización Notarial a lo interno y externo de la Dirección Nacional de Notariado.

⁴⁶ Al respecto ver el artículo 140 del Código Notarial de Costa Rica.

Nacional de Notariado como el instrumento jurídico por medio del cual se está regulando o tratando de regular el ejercicio del notariado en la Función Pública, en virtud de la **potestad reglamentaria** delegada en ella por mandato de ley (Ley No. 7764 de 17 de abril de 1998) y su incidencia en el ejercicio de la Función Notarial.

Sobre el reconocimiento de tal “potestad reglamentaria” se ha pronunciado la Sala Constitucional en los siguientes términos:

“...

Considerando IV.- Sobre la Dirección Nacional de Notariado. *El Código Notarial, Ley número 7764, de diecisiete de abril de mil novecientos noventa y ocho, en su artículo 21 regula la creación de la Dirección Nacional de Notariado. Dicho numeral le da el carácter de un órgano adscrito al Poder Judicial. Por su parte, el artículo 24 del mismo Código le confiere una serie de competencias que está facultada para realizar en forma exclusiva, todas relacionadas con la dirección de la función notarial. A partir de lo anterior, podría concluirse que se trata de un órgano administrativo desconcentrado de la jerarquía del Poder Judicial, en cuanto a su competencia exclusiva, y por ende sometida a ese Poder en todos los otros aspectos no comprendidos en dicho núcleo de atribuciones. De la lectura sistemática de los artículos 24 inciso d), 140 y 143 inciso b) del Código Notarial es posible extraer la competencia que tiene la Dirección para el dictado de lineamientos y directrices de cumplimiento obligatorio para los notarios. Es decir, que el Código Notarial reservó a la Dirección una verdadera **potestad reglamentaria** en aspectos propios de su competencia, lo cual resulta posible en razón de su desconcentración respecto del*

Poder Judicial. Así las cosas, entiende esta Sala que la directriz cuestionada, pese a su nombre, es en realidad un reglamento administrativo, cuyos dispositivos contienen imperativos de conducta propios de los actos normativos de alcance general...⁴⁷

Por su parte, en otro de los considerandos del mismo voto señala:

“...

V.- Sobre el ejercicio de la función notarial. *La actuación desempeñada por los notarios es definida en el artículo 1° del Código Notarial como una función pública que se ejerce privadamente la cual les permite asesorar a las personas, sobre la correcta formación legal de su voluntad en los actos y contratos jurídicos, así como dar fe de la existencia de los hechos que ante sí ocurran. De lo antes expuesto es posible colegir que ante la importancia de la función que desempeñan los notarios públicos, resulta consecuente que el Estado entre a regular dicha actividad, con la finalidad de que la misma sea llevada a cabo en forma regular, en aras de la seguridad jurídica. Consecuente con lo anterior, el Código Notarial establece las competencias generales y deja a la reglamentación que lleve a cabo la Dirección el establecimiento de los detalles más específicos respecto de la labor desempeñada por los notarios, como se constata de la lectura de los artículos 22 y 24 inciso d) de dicho Código, respectivamente. Considera la Sala que el ejercicio de esta **potestad reglamentaria** no configura per se una violación al parámetro de constitucionalidad...”*

⁴⁷ Voto No. 8197-99 de las quince horas con cuarenta y dos minutos del 27 de octubre de 1999.

Podemos indicar que la misión principal de la Dirección Nacional de Notariado, según ella misma la establece, es: **“el tutelar el ejercicio del notariado para que su aplicación sea concordante con el Código Notarial”**⁴⁸ y que como objetivo general le corresponde dictar y resolver lineamientos y directrices adecuados para organizar, vigilar y controlar el notariado costarricense. Es esta potestad de emitir directrices la que ha generado cierta polémica en el quehacer notarial, ya que tal potestad de fiscalización, vigilancia y control de la función notarial, por parte de la Dirección Nacional de Notariado, ha producido un cambio de paradigma, que a criterio de los mismos Notarios ha venido a irrumpir con una cultura notarial que se ha ubicado durante muchos años dentro de un marco de legalidad existente, y que según la percepción de los Notarios en lo atinente a la existencia de derechos y situaciones jurídicas consolidadas a su favor, la Dirección Nacional de Notariado, valiéndose de dicho poder reglamentario, ha ignorado y violentado.⁴⁹

Sin embargo, cabe decir, que nuestros legisladores preocupados por el detrimento que ha sufrido la Función Notarial en los últimos años y basados en que la experiencia ha concluido que el Régimen Disciplinario en manos de la Sala Segunda no funcionó adecuadamente; consideraron que la creación de la Dirección Nacional de Notariado así como de tribunales especializados encargados de ejercer el Régimen Disciplinario sobre los Notarios, en gran medida significaba un gran avance por volver a otorgar al notariado costarricense el prestigio del que gozó por mucho tiempo y que por culpa de Notarios corruptos ha disminuido, sobre todo en los últimos diez años.

⁴⁸ Ver actas de la Ley N° 7764 de 17 de abril de 1998, publicada en La Gaceta del 22 de mayo de 1998.

⁴⁹ Ver Taller realizado con los Abogados y Notarios del Instituto Costarricense de Electricidad

Siendo así las cosas y en atención a lo anterior, una de las situaciones principales que genera este cambio de paradigma y la problemática a la cual nos enfrentamos en el presente estudio, es el ejercicio del notariado en la Función Pública, ya que las directrices, 6-1999 de las diez horas del 10 de marzo de 1999, 4-2000 de las siete horas con treinta y tres minutos del 20 de julio del 2000 y 6-2000 de las diez horas del 22 de agosto del 2000, emitidas por la Dirección Nacional de Notariado, vienen a afectar directamente el régimen de un grupo determinado de Notarios que siguen desempeñando sus funciones amparados por la ley, tanto anterior, como por el nuevo Código Notarial, en condiciones laborales que en principio atentan contra los principios fundamentales del Derecho Notarial.

Como sabemos, el ejercicio del Notariado en la función pública ha sido tema de discusión y gran controversia, puesto que no puede concebirse que un Profesional en Derecho que se desempeña como funcionario público, es decir, al servicio de la Administración Pública pueda a su vez ejercer el notariado, ya que se estaría dando la realización de dos funciones públicas, situación que plantea un conflicto de incompatibilidad. Es por ello que el actual Código Notarial está dirigido a impedir que los funcionarios públicos ejerzan el notariado⁵⁰, salvo algunas excepciones que el legislador consideró necesarias⁵¹.

Sin embargo, el tema del presente trabajo no se refiere al caso antes citado, pero si hay que tener claro que la problemática se genera a partir de tal situación y su

⁵⁰ Ver artículo 4 inciso f) del Código Notarial vigente, Ley No. 7764 de 17 de abril de 1998.

⁵¹ Ver artículo 5 y sus incisos del Código Notarial, Ley No. 7764 del 17 de abril de 1998.

articulado en el Código Notarial vigente, sea el caso de los Notarios de Planta, que prestan sus servicios en instituciones públicas recibiendo un salario o dieta por el ejercicio de tales funciones. Dicho Régimen de Notarios, que ejerce el notariado desde la función pública, es decir, desempeñándose como funcionarios públicos de una determinada institución pública, para la cual prestan sus servicios notariales ha generado mucha polémica entre la Dirección Nacional de Notariado y éstos, en cuanto a la legalidad de dicho régimen ya que la Dirección ha ignorado la existencia de éste, y por otra parte, los notarios que forman parte de él lo defienden y lo ubican dentro del actual Código Notarial.

En el presente estudio, nos limitamos al caso de los Notarios del Instituto Costarricense de Electricidad, los cuales son los directamente afectados con la emisión de las directrices 6-1999, 4-2000 y 6-2000, las cuales dejan de lado a un régimen existente en la realidad nacional como lo es ***El Régimen de Notarios de Planta al servicio de las Instituciones Públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva***, régimen que según veremos está establecido en el mismo Código Notarial y que últimamente ha sido ratificado y amparado por nuestra Sala Constitucional en uno de sus votos⁵², como respuesta a un recurso de amparo interpuesto por los mismos Notarios de Planta del Instituto Costarricense de Electricidad.

⁵² Ver el Voto de la Sala Constitucional número 1483-2001 de las 15:30 horas del 21 de febrero del 2001.

1.3.2 ANÁLISIS DOCUMENTAL:

En esta parte analizamos de una forma muy concreta y específica, las directrices emitidas por la Dirección Nacional de Notariado y la posición de la Sala Constitucional, relacionadas directamente con la problemática a la que se enfrentan los Notarios de Planta de las Instituciones Públicas, en el presente caso los funcionarios del Instituto Costarricense de Electricidad, para con ello conocer el criterio y la tesis seguida por los órganos supracitados en relación con tal Régimen. Se darán a conocer ambas posiciones para determinar si los principios, valores, deberes y características a los que se hizo referencia en nuestras Precisiones Conceptuales, y que rigen al Notario en el ejercicio de sus labores, en este caso a los Notarios de Planta, resultan de alguna forma violentados o si a su vez la existencia de dicho régimen se fundamenta realmente y de ello se derive su contemplación en el Código Notarial actual, por parte del legislador y asimismo, el rol que juegan las figuras de los “derechos adquiridos” y “las situaciones jurídicas consolidadas”, en respaldo del Régimen de marras.

Como un primer punto, se analizan las directrices 006-1999 de las diez horas del 10 de marzo de 1999, la 004-2000 de las siete horas con treinta y tres minutos del 20 de julio del 2002 y la 006-2000 de las diez horas del 22 de agosto del 2002, emitidas por la Dirección Nacional de Notariado y su contraposición con lo tipificado en el Código Notarial y la realidad existente a lo largo de nuestro territorio nacional, en cuanto al Régimen de los Notarios de Planta al servicio de las Instituciones Públicas,

bajo la modalidad de la dedicación exclusiva. Se incluye además la directriz 001-2001 de las diez horas del 30 de enero del 2001, que corresponde al “Reglamento de Fiscalización Notarial a lo interno y externo de la Dirección Nacional de Notariado”, el cual consideramos representa un gran avance para la protección de la Función Notarial y para el adecuado y correcto ejercicio de ésta; así como también, puede jugar un papel importantísimo en la solución del problema al que nos enfrentamos.

Seguidamente, se realiza un diagnóstico de la Resolución N° 01483 -2001, de las quince horas con treinta minutos del 21 de febrero del 2001 dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como respuesta a un Recurso de Amparo incoado por los Abogados y Notarios de Planta que prestan sus servicios al Instituto Costarricense de Electricidad, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva, interpuesto por éstos, en defensa del Régimen en el cual se han venido desempeñando desde mucho tiempo antes de la entrada en vigencia del actual Código Notarial, que siguen desempeñando actualmente y el cual es amenazado directamente por la potestad reglamentaria de la Dirección Nacional de Notariado con sus directrices. El mencionado voto refleja la posición de la Sala Constitucional en relación con tal problemática.

a- Directriz 006-99 de la Dirección Nacional de Notariado de las diez horas del 10 de marzo de 1999:

Posterior a la entrada en vigencia del actual Código Notarial, procedió la Dirección Nacional de Notariado, a emitir la primera directriz relacionada con la problemática a la que nos enfrentamos. Representa esta directriz el punto principal de discordia entre la Dirección y los Notarios de Planta que prestan sus servicios a Instituciones Públicas bajo la modalidad de la dedicación exclusiva.

A continuación procedemos a plantear los principales puntos que tocó esta directriz en relación con el tema que nos interesa:

Se indica primeramente el objetivo primordial de la Dirección Nacional de Notariado:

Finalidad de la Dirección Nacional de Notariado:

└─> Organizar adecuadamente en todo el territorio costarricense, tanto la actividad notarial como su vigilancia y control (artículo 24 del Código Notarial).

Asimismo, la presente directriz, en lo que respecta al ejercicio de la Función Notarial establece lo siguiente:

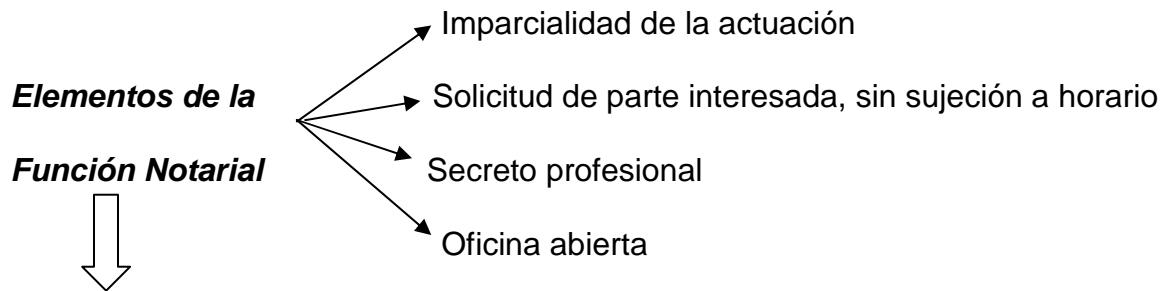
**Función
Notarial**

- Su ejercicio es incompatible con cualquier cargo en el sector público.
- Su ejercicio exige independencia.
- El artículo 19 de la Ley Orgánica de Notariado establecía que el notario que aceptara cargo o empleo incompatible con el ejercicio de la función notarial debía cesar en sus funciones de notario.
- Se ejerce por medio de un acto de delegación conferido por el Estado, por lo que su habilitación no podrá ser objeto de cancelación, solo de suspensión.

Establece categóricamente que existe impedimento para el ejercicio de la función notarial, en los siguientes casos:

- Que el notario no cuente con oficina abierta al público, ya que al ser éste un requisito esencial le imposibilita el que pueda involucrarse dentro de una relación laboral o de servicio con la Administración Pública.
- Cuando la Función Notarial sea objeto de dedicación exclusiva o cualquier sobresueldo o compensación económica que se formule como un pago adicional al salario del profesional, que se encuentre bajo el Régimen de Empleo Público.

En relación con los elementos de la Función Notarial establece:



Impregnan a la función notarial, de un carácter de independencia insoslayable, de forma tal que no podrán ser objeto de variación, ni mucho menos de interpretación para equiparar la ausencia de algunos de esos elementos como extraños a esos requerimientos.

Los vocablos de prohibición y dedicación exclusiva con respecto a la función notarial presuponen los postulados siguientes:

- a- Que para el ejercicio del notariado es imprescindible el título de Abogado debidamente incorporado.
- b- Que la dedicación exclusiva se deriva de un acto de disposición del interesado y de la aprobación de la contra-parte mediante un pago adicional a su salario.
- c- Que la prohibición emerge cuando el carácter del cargo así lo define.

Honorarios

-Establece la DNN que la remuneración a los servicios notariales no podrá ser objeto a modalidad distinta a la dispuesta por el artículo 166 del Código Notarial (cobro de honorarios mediante el sistema de arancel).

-No es el honorario el que define el carácter del Notario, es la habilitación la que define en él una conducta preconstituida, dirigida a enmarcar su actitud a ciertos esquemas que le imponen la legitimidad que está revestido.

-La dedicación exclusiva o cualquier sobresueldo o compensación económica que se formule como un pago adicional al salario del profesional bajo el régimen de funcionario público, es un obstáculo para el ejercicio de la Función Notarial.

Conclusiones finales establecidas por la presente directriz de interés para nuestro análisis:

- 1.- Que la Función Notarial ha sido y es conceptualizada desde ella misma como un principio-deber de legalidad que exige del Notario Público un ejercicio eficiente, idóneo y moral.
- 2.- Que el ejercicio de esa función la debe realizar el Notario Público sin sujeción alguna en su esencia.
- 3.- Que la habilitación del Notario Público es totalmente independiente de cualquier limitación laboral a la que se exponga en su condición personal.

4.- Que los deberes y obligaciones que el Notario debe cumplir son resultado de la normativa a que está sometido, razón por la que su cumplimiento no depende de él sino de las circunstancias y efectos que emergen de su legitimidad.

5.- Que la obligatoriedad de contar con oficina está admitida desde el postulado anterior. Además que junto con los requisitos esenciales analizados en la directriz 002-99 de las diez horas del siete de enero de 1999⁵³, son permanentes e invariables; y la oficina va ligada con el lugar estable y continuamente abierto para que el Notario Público ofrezca el servicio respectivo.

6.- Que el Régimen de Dedicación Exclusiva, prohibición o de cualquier otra forma que se le denomine, desde su propio origen, constituye una limitación al libre ejercicio de la Función Notarial propiamente dicha.

7.- Que la Función Notarial no podrá ser objeto del Régimen de Dedicación Exclusiva, y para esos efectos no está aislada del Profesional en Derecho.

8.- Que la fiscalización en el ejercicio de la Función Notarial recae exclusivamente en la Dirección Nacional de Notariado y en los tribunales especializados, y no puede ser delegada en otras personas físicas o jurídicas, lo cual no es posible por legalidad.

⁵³ a) que al ser el notariado público la función pública ejercida privadamente y primordial objetivo de la organización notarial a que se refiere el Código Notarial, los requisitos esenciales por medio de los cuales presta el servicio el notario público, no pueden ser objeto de limitación.

b) Cualquier variación a los elementos esenciales de la función notarial, constituye una limitación al ejercicio de ella.

c) La limitación al requisito esencial de cobro de honorarios constituye una limitación al principio esencial del ejercicio de la función notarial, pues el único medio autorizado por ley para la retribución del servicio que presta el notario público es esa modalidad.

d) Que como consecuencia de lo anterior, los notarios que ejerzan esa función notarial plena, a excepción de los casos de los cónsules y notarios del Estado, no podrá ser contratado bajo retribución fija.

e) Estando regulado la forma que deben cobrar la retribución por sus servicios los notarios públicos, deberán cobrar sus honorarios, de acuerdo con los efectos del artículo 166.

f) En tanto no se apruebe un arancel dentro de los lineamientos del artículo 166, todos los notarios públicos habilitados al efecto deberán cobrar sus honorarios conforme al Decreto Ejecutivo.

9.- El ejercicio del Régimen Disciplinario de los Notarios Públicos, recae exclusivamente en la Dirección Nacional de Notariado y en los órganos jurisdiccionales especializados. Toda delegación de este poder en sujetos de derecho privado, desprovistos de la potestad de imperio, resulta contraria a la ley.

Finalmente cierra la Dirección Nacional de Notariado diciendo que:

“... Los Regímenes de Dedicación Exclusiva o Prohibición, de cualquier forma que se les denomine, desde su propio origen, constituyen una limitación al libre ejercicio de la Función Notarial propiamente dicha, y ésta no podrá ser objeto de estas modalidades. Los Notarios Públicos que sirvan cargos en cualquier dependencia del Sector Público, incluso en las estructuradas según modelos organizacionales del Derecho Privado, y que no encuadren dentro de las excepciones contenidas en el artículo cinco del Código Notarial, se encuentran impedidos para el ejercicio del notariado, ya sea en actos protocolares o extraprotocolares...”

Asimismo, procedió a declarar el cese voluntario de los profesionales que así lo solicitaron y a dictar el cese forzoso de los Notarios a quienes les asistía impedimento y sean renuentes en formular dicha solicitud y proceder al inmediato depósito ante el Archivo Notarial de su actual tomo de protocolo, acreditándolo así a la Dirección mediante el comprobante original.

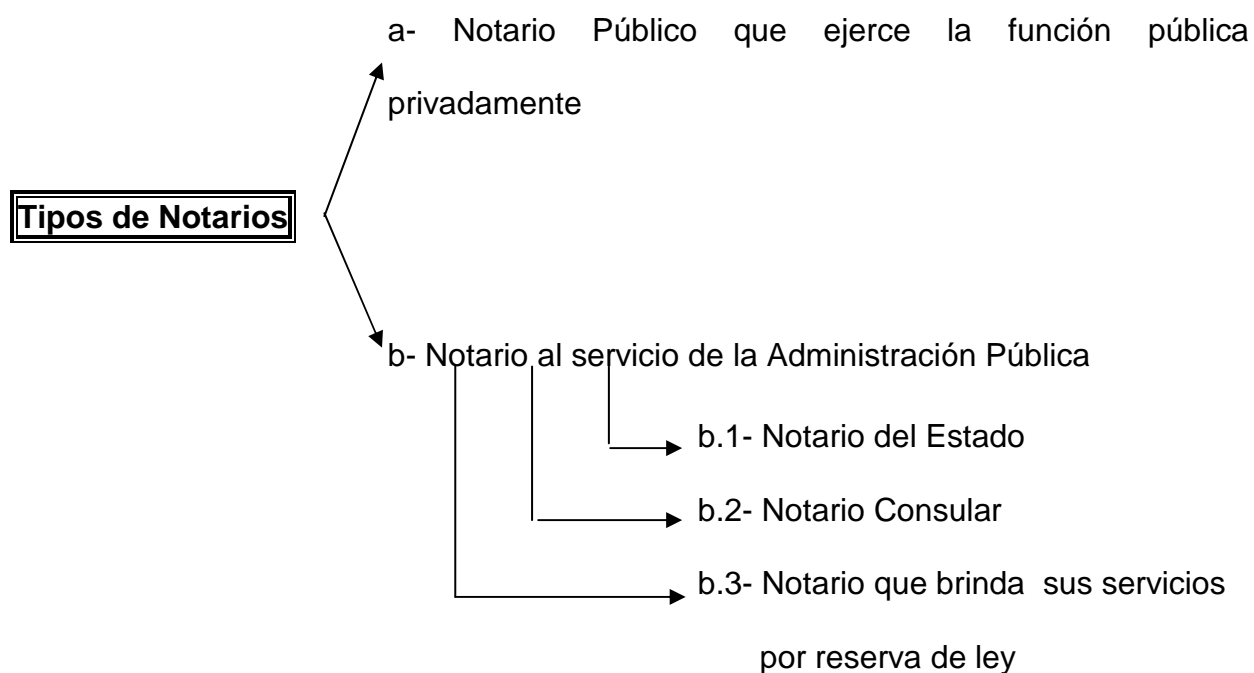
Se puede decir que con la presente directriz la Dirección Nacional de Notariado interpretó que desde hacía tiempo se planteaba la existencia de una incompatibilidad

del ejercicio del Notario Público con la condición de funcionario público, y que tal situación se veía reflejada, en la hoy derogada Ley Orgánica de Notariado (Ley No. 39 de 5 de enero de 1943 y sus reformas) específicamente en su artículo 19, donde se establecía para el notario un impedimento de aceptar cargo o empleo incompatible con el ejercicio del notariado, de forma que si lo hacía debía cesar en el ejercicio de sus funciones.

Así las cosas, por la vía de interpretación concluye esta directriz, que los cargos a que se refiere este artículo son precisamente los del sector público, sin considerar que durante el período de vigencia de esta norma, existían –y aún existen- cargos en el sector público que por disposición legal, resultan incompatibles con las funciones notariales, caso típico de los funcionarios judiciales y otros puestos públicos, taxativamente indicados en leyes especiales, lo que no llevó a generalizar nunca este precepto legal, es que estos cargos incompatibles con la función notarial, fueran todos los del Sector Público.

b- Directriz 004-00 de la Dirección Nacional de Notariado de las siete horas con treinta y tres minutos del 20 de julio de 2000:

Estableció la Dirección Nacional de Notariado, mediante la presente directriz, que los dos tipos de Notarios a su criterio, habilitados legalmente para ejercer la Función Notarial, son los siguientes:



a- *Características del Notario Público que ejerce la función privadamente:*

- Profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral.
- Está obligado a tener oficina abierta al público.

- No puede ser funcionario público⁵⁴.
- Ejerce funciones en todo el territorio nacional y fuera de éste, siempre y cuando sus efectos se den en Costa Rica.

b- Características del Notario al Servicio de la Administración Pública: Dentro de éste se establecen tres categorías:

b.1 El Notario del Estado

- Funcionario público destacado en la Notaría del Estado, que solo puede prestar sus servicios para toda la Administración Pública.⁵⁵
- Funcionario público-notario bajo un régimen de servicio distinto.
- Al existir reserva de ley, devenga salario por sus funciones.
- Puede ejercer dentro de las fronteras nacionales de forma regular, y fuera de éstas, excepcionalmente y cuando las circunstancias así lo exijan, siempre que el acto o contrato surta sus efectos legales en Costa Rica.

b-2 El Notario Consular

- Cónsul o funcionario diplomático con funciones consulares, autorizado por ministerio de ley y la Dirección Nacional de Notario.

⁵⁴ Ver excepciones contenidas en los incisos a y b del artículo 5° del Código Notarial.

⁵⁵ Ver artículo 3° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

-Desempeña funciones notariales en el extranjero. Su ejercicio esta limitado a la circunscripción territorial para la que ha sido nombrado, en actos o contratos que vayan a ejecutarse en Costa Rica.

-Está exento del requisito de ser abogado y especialista en derecho notarial y registral, sin embargo se estima necesario que sí cuente con esa formación.

-No se le impide ejercer funciones notariales, sin olvidarse que se encuentra bajo un régimen de servicio distinto, en el que es esa condición de funcionario público consular, la que le permite acceder al ejercicio notarial.

-Sus labores son remuneradas de conformidad con el arancel consular respectivo⁵⁶.

b-3 El Notario que brinda sus servicios por Reserva de Ley

-Notario-Funcionario Público, con las excepciones del inciso d) del artículo 5° del Código Notarial.

-Profesional en derecho, especialista en derecho notarial y registral, que no obstante su condición de funcionario público, el ordenamiento le permite el ejercicio privado y externo de la profesión.

-Cobra honorarios según el arancel, por tratarse de labores prestadas a lo externo de la Institución Pública para la cual presta servicios.

-Igual competencia territorial que la dada para el notario activo pleno.

-Está obligado a cumplir con los requisitos esenciales (directriz 0002-99) y prestar su servicio con total independencia y neutralidad.

⁵⁶ Al respecto, consultar la Directriz 2000-0001 de las 10:00 del 16 de febrero del 2000.

En el Régimen de Empleo Público están vinculados los notarios públicos para autorizar únicamente escrituras relacionadas con los fondos de ahorro y préstamo que funcionen adscritos a cada institución y que no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal.

Posición de la Dirección Nacional de Notariado respecto de las excepciones contenidas en el artículo 5 del Código Notarial:

El espíritu del Código Notarial se dirige a impedir que los funcionarios públicos ejerzan el notariado. En su artículo 5° se desarrollan ciertas excepciones necesarias:

1. **La de quien imparta clases en un centro educativo:** toda vez que de lo contrario los profesionales difícilmente estarían dispuestos a cerrar su oficina notarial, para impartir uno o dos cursos en un centro educativo.

2. **Los jueces y magistrados suplentes, activos en el cargo por no mas de tres meses** En ocasiones estas situaciones se dan por periodos muy cortos e incluso para conocer sólo de un determinado asunto, por lo que sería difícil encontrar a un notario activo liberal que acepte cerrar su oficina notarial para concurrir en el estudio y votación de un expediente o por periodos muy cortos de nombramiento.

3. Los notarios del Estado y Consulares: autorizados por Ley, tratados internacionales para el desempeño de funciones notariales, siendo servidores del Estado

4. Funcionarios Públicos que reúnan todas estas condiciones:

- Nombrados a plazo fijo
- Excluidos del Régimen de Servicio Civil
- Que no gocen de sobresueldo o compensación económica de ninguna clase por prohibición o dedicación exclusiva para el ejercicio externo del notariado
- Que no medie superposición horaria
- Que no exista disposición en contrario en la legislación reguladora del órgano o institución donde se presten sus servicios

El funcionario público que pretenda ejercer el notariado amparándose a esta excepción, debe cumplir los cinco presupuestos anteriores, y está obligado a reunir en él, los requisitos y condiciones para ejercer privadamente la función pública notarial.

Solo el Estado por reserva de ley y para fines de orden social, cuenta con Notarios bajo el Régimen de Empleo Público (Notaría del Estado).

El Notario-Funcionario Público debe contar con una amplitud para el desempeño de sus funciones, que no genere la superposición horaria. El choque que se genera entre la obligatoriedad de cumplir con una jornada ordinaria en una

institución pública y simultáneamente tener que estar ejerciendo funciones notariales privadamente, desde su oficina abierta al público en el mismo espacio de tiempo. El artículo 37 del Código Notarial establece que todos los días y horas son hábiles para el ejercicio de la función notarial. Ello se refiere a que la oficina debe mantener un horario estable, definido, acorde con las llamadas “horas de oficina”.

El artículo 7° del mismo cuerpo de leyes, prohíbe al Notario atender asuntos profesionales de particulares en las oficinas del Sector Público en donde preste sus servicios; autorizar actos o contratos en que figure como parte la Administración Pública para la que brinda servicios percibiendo salario o dietas, salvo que no cobre honorarios; y ejercer el notariado en más de tres instituciones descentralizadas o en empresas públicas estructuradas como entidades privadas. Todas estas prohibiciones se dirigen claramente al Notario que brinda sus servicios a la Administración externamente, o al funcionario que brinda servicios distintos al notariado, bajo una modalidad que lo define como el notario excepción del artículo 5 inciso d).

El Notario está sujeto al principio de legalidad; si bien es cierto que en sus actuaciones le asiste el poder-deber de conducirse con autonomía e independencia, su competencia material y territorial están definidas dentro del bloque de legalidad, lo cual implica un sometimiento a la fiscalización, vigilancia y control que de su actividad realiza el Estado, por medio del órgano competente para ello, sea la Dirección Nacional de Notariado.

Criterios de la Dirección Nacional de Notariado en cuanto a la Reserva Legal en materia de servicios notariales a la Administración Pública:

Se refiere la Dirección Nacional de Notariado respecto al tema en los siguientes términos:

“...Cabe indicar que la Administración Pública sólo podrá contratar bajo la modalidad de Notario a Sueldo, en aquellos casos específicos permitidos por reserva de ley, como es el caso de los de la Notaría del Estado. Ello por cuanto el Estado, se reserva la potestad de contar con esos servicios para el desarrollo de programas de orden social y en beneficio de los más necesitados. De ahí que la excepción hace una expresa referencia a Fondos de Ahorro y Préstamo adscritos a los entes, que operan con bajos índices de ganancia, en virtud de la función social que cumplen.

Solo en presencia de esta reserva de ley, es posible la remuneración a sueldo del Notario, por lo que en tratándose de otro tipo de actividades de la Administración Pública, deberá remunerarse por la vía de honorarios, aplicando el artículo 166 del Código Notarial.

El Licenciado Orlando Aguirre Gómez comentó que el notariado es el ejercicio de una función pública y sobre esto no puede cobrarse prohibición; el notario es independiente y tiene la obligación de tener oficina abierta al público, por lo que si acepta un cargo público, no va a poder cumplir con una obligación legal: tener abierta

la oficina al público y de esa manera no podría pedir una retribución porque al ocupar un empleo público no puede cumplir con otra obligación.⁵⁷

Admitir la contratación de notarios bajo la modalidad establecida en el artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa, conlleva por conexidad, que el notario público está obligado al deber de obediencia y a prestar un servicio a la Administración con entera dependencia de carácter imperativo, representativo, remunerado permanente y público (ya no un ejercicio privado) de la actividad respectiva.

Establece el numeral 211 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, que el servidor público está sujeto a responsabilidad disciplinaria por sus actos contrapuestos al ordenamiento, o por no acatar las disposiciones de sus jefarcas (con excepción del deber de desobediencia), lo cual cercena totalmente la independencia e imparcialidad que legalmente ha sido reconocida al notario a través de toda su historia, mantenida en el Código Notarial Vigente.

Tomando en cuenta lo recién dicho y recurriendo a la enunciación contenida en el artículo 24 de la Ley de Enriquecimiento Ilícito, cuya finalidad es garantizar el ejercicio honrado y decoroso de la función pública, por parte de quienes presten servicios a la Administración Pública o a nombre y por cuenta de ésta, debe entenderse que los notarios son de esa índole (pública) excluidos de los funcionarios y empleados de los Poderes del Estado, según el cual los funcionarios públicos no

⁵⁷ Expediente N° 10102, Acta de Subcomisión N° 4, del 23 del setiembre de 1996, págs 1114 a 1116.

podrán cobrar honorarios por otros servicios profesionales brindados, ya que al percibir un salario, se estaría en presencia de un doble pago, ello es así en virtud de tratarse del ejercicio privado de una función pública. Tal lineamiento general encuentra excepciones taxativamente determinadas por ley, según la cual el Estado, en atención a sus fines de orden social y en procura de la satisfacción del interés colectivo que alumbra al derecho administrativo, se ha reservado la posibilidad de contar con la prestación de servicios notariales, para los casos específicos en que figura como parte la Administración, creándose la Notaría del Estado, ejercida por un Notario excepción, único sujeto a una relación de servicio y remunerado bajo la modalidad de salario, por así permitirlo expresamente el ordenamiento...”

La conclusión final a la que llega la Dirección Nacional de Notariado con la presente directriz es la siguiente:

“El notariado público no puede ser ejercido por funcionarios públicos, salvo cuando el ejercicio de la función notarial deja de ser plena en el tanto que se constituyan notarios excepción del artículo cinco del Código Notarial. En esos casos, la función tendrá el carácter excepción en cuanto a las actuaciones expresamente autorizadas por ley, no pudiendo extender su competencia material o territorial, fuera de los alcances definidos por la ley”.

Los notarios excepción son:

- Quienes laboren como docentes en entidades educativas;
- Magistrados o jueces suplentes con nombramientos por lapsos inferiores a tres meses;
- Notarios de la Notaría del Estado;
- Notarios consulares
- Aquellos funcionarios de la Administración Pública centralizada o descentralizada, a quienes los cubran los siguientes presupuestos: **1)** Contratados a plazo fijo; **2)** Excluidos del Régimen de Servicio Civil; **3)** Que no gocen de compensación económica de ninguna clase por prohibición o dedicación exclusiva; **4)** Que no tengan superposición horaria entre los servicios prestados a la Administración y el ejercicio privado del notariado, y; **5)** Que la legislación reguladora de ésta no les prohíba el ejercicio externo del notariado. En tanto se mantenga en régimen de empleo público, recibiendo salario o dieta, el notario –con las salvedades de ley- no podrá autorizar aquellos actos o contratos en donde es parte el Estado, ni atender asuntos profesionales de particulares en las oficinas en cualquier dependencia del Sector Público. La oficina abierta al público, constituye requisito y deber esencial e insoslayable para el ejercicio del notario público pleno, y del notario excepción que ejerza privadamente la función. En conclusión, la oficina abierta al público demanda un acto continuo de apertura. Lo anterior en virtud de que el servicio que presta el notario es por

rogación, siendo imposible prever con antelación la necesidad del servicio en el usuario, amén de que siendo hábiles todos los días y las horas para el ejercicio de ésta, su servicio evoca una apertura total durante las horas hábiles de las oficinas que reciben y tramitan documentos notariales, produciéndose la superposición horaria a que hace referencia el Código Notarial respecto a la autonomía e independencia de la función notarial, lo cual genera, un impedimento legal para ser notario y ejercer como tal.

El Notario Público debidamente habilitado por la Dirección Nacional de Notariado, es el único autorizado para ejercer la función notarial, en consecuencia, quien no se encuentre habilitado, o motive causales impeditivas o suspensivas de esa habilitación, no podrá desempeñar esas funciones.”

c- Directriz 006-00 de la Dirección Nacional de Notariado de las diez horas del 22 de agosto de 2000:

El contenido de la presente directriz es el cobro de honorarios por servicios notariales. Cabe aclarar que tomaremos de esta directriz lo que interesa para nuestro estudio y su relación con el Régimen de Notarios de Planta al servicio de las Instituciones Públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva.

La Dirección Nacional de Notariado hace un análisis de la relación laboral, sus elementos configuradores, sus diferencias con el ejercicio del notariado y sus distintas maneras de retribución. Cita el criterio jurisprudencial establecido por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en el voto N° 046-94, de las nueve horas treinta minutos del cuatro de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, al conocer de un proceso ordinario laboral cuya pretensión era el reconocimiento de los honorarios notariales como salario, y que entre otras cosas, estableció:

“Ciertamente, en la relación laboral, hay dos partes claramente diferenciables: el patrono y el trabajador, que se unen mediante un vínculo jurídico, compuesto por una serie de obligaciones sinalagmáticas. Las más importantes son la prestación personal del servicio, de parte del empleado y la remuneración, por parte del empleador. El sueldo tiene un carácter económico, que nace de la correlación a la prestación del servicio.” .

“Determinar si la función notarial en este caso, se ubica dentro del contrato de trabajo, y debe formar parte del salario, obliga a analizar la naturaleza del notariado. (...) Debe destacarse, como primer elemento, (...) que se está en presencia del ejercicio de una función pública. Las actuaciones, de quienes ejercen el notariado, trascienden el ámbito de las relaciones privadas donde se originan como producto de la voluntad individual y se proyectan en la esfera pública. Su autoridad es erga omnes y su participación contribuye a la armonía social. Las funciones del notario son variadas y entre ellas tenemos la creación jurídica, en virtud de la cual el funcionario escucha a las partes que desean celebrar algún contrato o tienen problemas de tipo jurídico, delimita el conflicto y aconseja la posible solución dentro del ámbito jurídico. La redacción es el instrumento público adecuado a las necesidades de las personas, lo cual conlleva una labor previa de estudio y preparación. La autenticación convierte el documento en verdadero, permitiéndole producir efectos jurídicos, la custodia de los originales de los instrumentos y la reproducción, son otras dos actividades propias del notario. Lo importante en la función notarial, es que el Estado le otorga a quien la ejerce, determinadas facultades, y también le exige deberes, para que cumpla una labor necesaria en la sociedad. Las atribuciones y obligaciones de los notarios, la forma en cómo ejercen sus tareas, no se la imponen las partes que demandan sus servicios, ni quien lo retribuye por ellos, sino el Estado, a través de una normativa específica, la Ley Orgánica de Notariado.”

“Esta Sala, analizando la naturaleza de la función notarial exclusivamente, como se ha explicado, y el mismo arancel de profesionales en Derecho N°20307-J de marzo

de mil novecientos noventa y uno, en cuyo artículo 2 se establece con claridad que el profesional en Derecho puede cobrar sus labores ya como abogado, ya como notario, o ejercer conjuntamente las dos actividades pero indicando que tales actuaciones son independientes y deben retribuirse en forma separada, concluye que el notariado es una actividad independiente de cualquier relación laboral, y así debe considerarse para todos los efectos, pues, por lo explicado, el contexto de hecho y de derecho en que se genera la prestación del servicio excluye, como cuestión fundamental, la existencia de los elementos de ese tipo de relación.” (el resaltado no es del original).

Con esta cita jurisprudencial, expresa la Dirección Nacional de Notariado, cómo el máximo tribunal laboral nacional, ha dejado sentadas las características propias de una relación de trabajo (comprensiva del elemento subordinación) y del desempeño de la función notarial, que las hacen diversas una de otra, y el por qué de las diferencias también en el medio de remuneración de ambas.

En lo que respecta a la prestación del servicio notarial y su respectivo costo económico, entiéndase “honorarios profesionales”, empieza la Dirección por citar la Ley de la Contratación Administrativa, N° 7494, de 02 de mayo de 1995, la cual regula los procedimientos a seguir para que la Administración Pública, contrate bienes o servicios con sujetos de derecho privado, para la consecución de sus fines.

Dicha Ley en su artículo 67 establece:

“Servicios profesionales con sueldo fijo:

Se autoriza a las entidades públicas para que, utilizando su régimen ordinario de nombramiento de funcionarios, contraten a sueldo fijo, a 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.” (el resaltado no es del original)

Cita la Dirección Nacional de Notariado que esta disposición genérica ha sido repetidamente invocada para justificar la contratación de notarios a sueldo, o de planta, y no obstante se haya dentro de una normativa propia de la contratación de bienes y servicios de diversa índole en forma privada, ha sido utilizada para la constitución de relaciones de servicio, muy distintas a la contratación de servicios profesionales privados (no de una función pública ejercida privadamente), permitiéndose hasta una diferencia en cuanto a la forma de pago de estos servicios, respecto de otros usuarios o contratantes.

En el artículo 8 del Código Civil, se contempla que: “las leyes solo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario, amén de que la derogatoria tendrá el alcance que

expresamente se disponga, y se extenderá también a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior”.

Por ello, y sin perjuicio de la existencia del indicado numeral 67, en materia de notariado, el ordenamiento aplicable resulta ser precisamente el Código Notarial, que es norma especial y posterior a la Ley de Contratación Administrativa.⁵⁸ En el caso específico de los servicios notariales, la norma deviene inaplicable por oponerse al Código Notarial.

Nótese que el artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa, refiere que para la contratación de las entidades públicas utilizarán “...su régimen ordinario de nombramiento de funcionarios...”, lo cual evidentemente trae una inevitable colisión con el impedimento surgido de la relación de los artículo 4 y 5 del Código Notarial, según los cuales el notario no podrá estar nombrado a plazo fijo, ni dentro del Régimen de Servicio Civil, pues de hacerse así, se caería inmediatamente en el impedimento indicado.

Otro factor del régimen ordinario de nombramiento, sería la remuneración por medio de salario, lo cual se contrapone al numeral 10 del Arancel de Profesionales en Derecho, al artículo 166 ya tantas veces citado, y podría incluso, encuadrar en la conducta descrita en el inciso f) del 143 del Código, aparejando la aplicación del régimen disciplinario.

⁵⁸ Al respecto consultar el pronunciamiento C-232-98, emitido el 4 de noviembre de 1998 por la Procuradora Adjunta, licenciada Luz Marina Gutiérrez Porras.

No en vano, menciona la Dirección Nacional de Notariado, el constituyente se ocupó de introducir en la Carta Magna la creación del Régimen de Servicio Civil, a fin de garantizar la eficiencia de la Administración, e idoneidad comprobada de sus funcionarios (artículos 191 y 192 de la Constitución Política). Por todas estas razones, bajo la modalidad del numeral 67 de la Ley de la Contratación Administrativa, no es posible la contratación de notarios mediante el sistema de retribución fija.

La Dirección establece la obligatoriedad del cobro de honorarios como retribución del ejercicio de la función notarial, siendo esto posible acorde con el arancel respectivo (actualmente el decreto ejecutivo 20307-J) y cuyo artículo 10 establece:

“La función de abogado podrá desempeñarse mediante una retribución fija, pero no procede y queda prohibida la prestación de servicios de notariado en esa forma, debido a su propia naturaleza. Por consiguiente, cuando un profesional en Derecho realice sus labores mediante retribución fija, aunque se acuerde lo contrario, ésta sólo cubre sus funciones como abogado, pero no las de notario, respecto a las cuales tendrá derecho y obligación de cobrarlas por separado. Los convenios en que se estipule la retribución de actuaciones notariales mediante retribución fija no obligan al notario a percibir sus honorarios en esa forma y podrá reclamarlos del modo y en la cuantía que se fija en el presente arancel”. (el resaltado no es del original)

Ese derecho-deber reafirmado en el artículo 166 del Código Notarial, es atinente en forma exclusiva al Notario Público.

Criterios sobre la determinación de los honorarios notariales:

Con respecto a este punto, establece la Dirección Nacional de Notariado lo siguiente:

- ➔ El procedimiento aplicable, está en la norma 166 del Código Notarial.
- ➔ El Colegio de Abogados realiza las fijaciones y las somete a aprobación del Ministerio de Justicia el cual las promulgará vía decreto ejecutivo.
- ➔ La prestación de servicios que el notario externo da a las entidades públicas, se canaliza mediante la existencia de roles de distribución, no pudiendo ser nombrado el notario, en más de tres instituciones públicas.
- ➔ Por su naturaleza, el costo (honorarios) del servicio notarial no puede concebirse como un valor de mediación entre las partes contratantes, por lo que las entidades no podrán utilizar o negociar el monto de los honorarios, como un valor agregado al producto que brindan, pues los honorarios pertenecen al profesional autorizante, no a las partes contratantes, y su fijación, obedece a criterios legales de orden público, de acatamiento obligatorio.
- ➔ La función notarial no admite mediación alguna en materia de honorarios, ni tampoco los fedatarios pueden establecer convenios en esa materia con las partes, sean personas físicas o jurídicas; de existir esa clase de convenios estos no obligan al notario, quien podrá reclamar sus honorarios del modo y en la cuantía que fija el arancel de profesionales en Derecho.⁵⁹

⁵⁹ Al respecto ver el artículo 10, Decreto Ejecutivo 20307-J.

Concluye la Dirección diciendo:

“Admitir otro sistema de pago no regulado por la norma 166 del código rector de la materia y el arancel vigente, constituye la apertura de elementos discriminatorios, tanto para el usuario, cuanto para el notario autorizante, quien por ley, tiene un marco jurídico económico inviolable: No puede apartarse del arancel ni hacia abajo ni hacia arriba (con la excepción del cincuenta por ciento en labores complejas). Por lo expuesto, en materia de honorarios, ni el notario, ni el usuario están facultados para variar la norma en el sentido apuntado.”

El Decreto Ejecutivo N°20307-J y sus reformas:

Este decreto establece categóricamente, lo relativo al ámbito del cobro de honorarios por servicios notariales prestados. La Dirección Nacional de Notariado se refiere a éste de la siguiente manera:

“El Decreto ejecutivo número 20307-J y sus reformas publicadas en Gaceta Número 136 de 19 de julio de 1993, es el vigente en materia de fijación de honorarios notariales. Aquellas actuaciones que otorga podrían ser plasmadas en un documento privado, pero que, por imperativo legal actualmente deben constar en escritura pública, serán remuneradas de conformidad con el arancel dentro del ámbito notarial. Anteriormente, se aplicaban tarifas de abogacía para determinados actos, sin embargo, ello no puede ser alegado para inobservar las disposiciones legales vigentes, y así lo establece expresamente el anteriormente citado artículo 8 del Código Civil. Las reformas que traigan como consecuencia, la utilización de servicios

notariales para determinado acto jurídico, motivan ineludibles honorarios notariales al tenor del artículo 166 del Código Notarial, y del arancel en materia notarial propiamente, de conformidad con las reglas contenidas en el artículo 70 y siguientes del Decreto Ejecutivo 20307-J, y así deberá aplicarse en el caso concreto, por parte de notarios, usuarios y entidades públicas o privadas.”

Por último, concluye terminantemente la Dirección Nacional de Notariado, diciendo:

“Todo servicio que brinda el notario público debidamente habilitado, según lo establece el régimen jurídico vigente sólo puede ser retribuido con honorarios, en consecuencia no podrá el fedatario público brindar ese servicio en forma gratuita, ni bajo salario o retribución fija el notario público no puede negociar el costo de sus servicios a cambio de la prestación de los mismos, ni tampoco podrá el usuario utilizar ese costo como un mecanismo de mediación para que el notario público brinde ese servicio bajo una modalidad distinta a la establecida en el Arancel. En materia de honorarios notariales, es de obligada necesaria y exclusiva aplicación lo dispuesto por el Código Notarial y el arancel que determine las tarifas aplicables... Quien no se ajuste a las regulaciones vigentes para cobro de honorarios notariales, podrá ser sujeto del régimen disciplinario. Asimismo todos aquellos pronunciamientos emanados de toda entidad pública o privada que se contrapongan a lo aquí dispuesto son inaplicables...”

d- Directriz 001-01 de la Dirección Nacional de Notariado de la diez horas del 30 de enero de 2001:

Establece esta directriz lo siguiente con respecto al ejercicio del notariado:

-La competencia del profesional habilitado sólo encuentra limitación en los alcances que le establezcan la Constitución, la ley y las directrices o lineamientos que emanen de la Dirección Nacional de Notariado.

-Este campo de acción y ejercicio de una función pública, requiere de un control estatal adecuado, eficaz y congruente con la importancia de la función.

-Este control y vigilancia forma parte de la finalidad de la Dirección Nacional de Notariado el cual se realiza a través de la fiscalización.

Tipos de Fiscalización:

1.- Fiscalización a lo interno de la Dirección: por medio de documentos notariales que se reciben para tramitación y expedientes de asuntos propios de su competencia.

2.- Fiscalización a lo externo: por medio de visitas, inspecciones y demás diligencias que se ocupen de supervisar y comprobar la observancia de las regulaciones referidas al desempeño de actuaciones notariales. La ejecución de esta labor externa, requiere de funcionarios de la Dirección con conocimientos,

aptitudes y capacidades que le permitan asumir el papel de Fiscal Notarial, con el fin específico de constatar el fiel cumplimiento de las condiciones, requisitos y deberes que el Notario Público debe observar en el ejercicio de la función notarial, a nivel de actuaciones protocolares, extraprotocolares, en la tramitación de la competencia en actividad judicial no contenciosa, así como la observancia de las directrices que tengan que ver con el servicio público que ellos prestan; con competencia para actuar en todo el territorio nacional y formular la denuncia respectiva en caso de verificar incumplimiento.

Siendo así las cosas y por ello, la Dirección Nacional de Notariado emitió el: **“Reglamento de Fiscalización Notarial a lo Interno y Externo de la Dirección Nacional de Notariado”**.

Importancia y relevancia del presente Reglamento:

Con la emisión del **“Reglamento de Fiscalización Notarial a lo Interno y Externo de la Dirección Nacional de Notariado”**, podemos tener una idea de la incesante tarea que está llevando a cabo la Dirección Nacional de Notariado, en aras de proteger y garantizar el adecuado y correcto ejercicio de la función notarial. Esperamos, muy conscientes de lo que significa, que dicho ejercicio alcance conforme vaya pasando el tiempo, su verdadero espíritu legal, eficiencia, idoneidad y ante todo la seguridad jurídica, en beneficio de todos los notarios, usuarios y terceros que ocupen de servicios notariales. Representa un gran avance, para el Derecho Notarial,

en todos sus aspectos, la emisión del presente Reglamento, el cual esperamos cumpla a cabalidad con todos sus propósitos, objetivos y finalidad última, el correcto y adecuado ejercicio de la Función Notarial.

Así las cosas, en lo que respecta al tema de análisis, juega un papel de vital importancia, el presente Reglamento de fiscalización de la función notarial, en cuanto a alcanzar la solución del problema principal del diagnóstico generado, es decir, está dada la existencia del Régimen de Notarios al servicio de las Instituciones Públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva, por lo que creemos el papel de la Dirección Nacional de Notariado es de vital importancia en la vigilancia, fiscalización y control del mencionado Régimen, con el fin único de que éste se conduzca por los términos, principios, valores, deberes y características que informan el correcto y adecuado ejercicio de la Función Notarial y del Derecho Notarial.

e- Resolución número 01483-2001 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las 15:30 horas del 21 de febrero de 2001:

Los Abogados y Notarios de Planta del Instituto Costarricense de Electricidad interpusieron un Recurso de Amparo, contra las directrices anteriormente analizadas, exceptuando la última, porque a su juicio dichas directrices tienen disposiciones que son arbitrarias, ya que pretenden excluirlos de un régimen de notariado dentro de la Administración Pública a pesar de que las disposiciones contenidas en los artículos 7 y 8 del Código Notarial establecen que la Administración Pública puede contratar notarios para realizar las funciones que ellos desempeñan en la actualidad.

Los recurrentes manifestaron que dichas directrices implican un trato desigual que la propia ley no establece y una clara violación al Principio de Irretroactividad de la Ley, ya que se les ordenó renunciar al ejercicio del notariado en el régimen de empleo público y a depositar sus protocolos, a pesar de que por el transcurso del tiempo se han consolidado una serie de situaciones en su beneficio,⁶⁰ por ejemplo, la retribución que se les paga por los servicios notariales, que prestan al Instituto Costarricense de Electricidad, bajo apercibimiento de que en caso contrario serán cesados de manera forzosa de sus puestos.

Por su parte, la licenciada Alicia Bogarín Parra en su condición de Directora de la Dirección Nacional de Notariado manifestó en su oportunidad que los supuestos

⁶⁰ Ver Precisiones Conceptuales.

desarrollados por las directrices impugnadas están referidos al artículo 4 del Código Notarial, y que los recurrentes al formar parte del Régimen de Dedicación Exclusiva del Instituto Costarricense de Electricidad, están comprendidos en la prohibición establecida en el artículo 4 inciso f) del Código Notarial, para poder realizar la actividad en cuestión. Señaló que las directrices impugnadas se emitieron en cumplimiento de su deber de vigilancia y control de la actividad en cuestión. Así mismo consideró que la directrices impugnadas no lesionan el derecho reconocido en el artículo 34 constitucional, ya que éstas dimensionan sus efectos a partir de la vigencia del Código Notarial, no hacia atrás, y que el legislador no incluyó ninguna disposición transitoria en el Código actual que permita reconocer los derechos adquiridos de los notarios públicos al servicio del Estado, por lo que la Dirección recurrida carece de los medios legales para reconocerlos.

Finalizó diciendo la señora Bogarín que de permitirse que los funcionarios públicos que no se encuentren cubiertos por las excepciones contempladas en el artículo 5 del Código Notarial puedan hacer ejercicio de esta actividad, se estaría en presencia de una violación al derecho de igualdad, por otro lado, las directrices no cuestionan el régimen de dedicación exclusiva que disfrutaban los recurrentes, que jurídicamente lo que existe es una incompatibilidad entre la función administrativa y la notarial y que según lo dispuesto por el artículo 191 constitucional y por el nuevo Código Notarial ningún funcionario público está facultado para realizar la función de notariado y que cualquier referencia a un régimen de notariado público carece de

asidero legal, tanto en la normativa anterior a la entrada en vigencia del actual Código Notarial, como en éste.

Indicaron los recurrentes que la propia Contraloría General de la República avaló la existencia de notarios dentro del régimen de empleo público, devengando por sus labores cartularias a fines con la actividad ordinaria de la institución un salario fijo establecido de previo por la Administración.

En vista de todo lo anterior, entró la Sala Constitucional a analizar lo establecido en los artículos 7 inciso b) y 8 párrafo segundo del Código Notarial como sigue:

a- Artículo 7 inciso b): Prohíbe al Notario autorizar en la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas de las cuales reciba salario o dieta, actos o contratos jurídicos donde aparezca como parte sus patronos o empresas subsidiarias, y contempla una suerte de habilitación, permitiéndole a quien esté en estas circunstancias ejercer la función notarial en dos supuestos:

1. si no cobra honorarios
2. si se trata 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

b- Artículo 8 párrafo segundo: reitera la disposición anterior, señalando que si los actos o contratos jurídicos en que sean parte el Estado, sus empresas, las

instituciones autónomas y semiautónomas son autorizadas por notarios que devengan salario, dieta u otra remuneración de la institución respectiva, quien los autoriza no podrá cobrar honorarios profesionales al Estado ni a terceros.

La Sala en su oportunidad consideró que las anteriores normas constituyen restricciones razonables al ejercicio de la función notarial ya que si uno de los comparecientes es el patrono del Notario, su imparcialidad podría verse comprometida, en detrimento del servicio que debe prestar al otro.

Cabe indicar que la contratación de servicios profesionales de abogado y notario puede realizarla la Administración Pública por dos vías:

- a. 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. Se crea una relación laboral de subordinación del profesional a la institución, la cual es retribuida mediante el pago de un estipendio de naturaleza salarial establecido de previo.
- b. la contratación de profesionales en derecho (abogados y notarios) para que sirvan en forma externa, mediante un contrato administrativo de servicios profesionales.

Como se desprende de lo anterior los Abogados y Notarios de Planta del Instituto Costarricense de Electricidad, se ubican dentro del punto a), creándose una relación de subordinación del profesional a la institución, la cual es retribuida mediante el pago de un estipendio de naturaleza salarial y por ende no permitiendo al servidor de ninguna otra remuneración por los servicios que presta; es evidente que el profesional no podrá percibir honorarios, pues los servicios que presta se entienden remunerados con el salario, por lo que es necesario que las obligaciones que asume el servidor contratado estén claramente establecidos sea en el contrato laboral o en el manual descriptivo de puestos.⁶¹

Concluye la Sala diciendo que lo que se encuentra totalmente vedado a los Abogados-Notarios sujetos a los regímenes de prohibición o dedicación exclusiva es el ejercicio externo del notariado, por lo que los “Notarios de Planta” no pueden realizar actos notariales para particulares, es decir, se encuentran inhibidos de ejercer libremente su profesión. Asimismo, se les prohíbe el cobro de honorarios por la prestación de sus servicios profesionales, con la finalidad de asegurar la imparcialidad de la función pública y de evitar posibles conflictos de intereses. La remuneración que reciben estos profesionales por sus servicios es un salario, que se desprende de la relación laboral existente entre el abogado-notario y la Administración.

Por otra parte, señala que lo que hacen las directrices impugnadas es exigir a todos los notarios que laboran para Instituciones Públicas y que por esta razón se

⁶¹ En ese mismo sentido se ha manifestado la Contraloría General de la República en oficios 2328-93 y 5865-95 y la Procuraduría General de la República en los dictámenes números C-1389, C-83-91 y C-112-93.

encuentran impedidos para el ejercicio de la función notarial, su renuncia al ejercicio del notariado, y el depósito de sus protocolos en el Archivo Nacional; caso contrario, deberán ser cesados por parte de la Institución en la que ejerzan sus servicios.

Sin embargo, añade la Sala Constitucional que a partir de la lectura conjunta de los artículos 7 inciso b) y 8 párrafo segundo del Código Notarial, es claro que existen excepciones a la regla general que impide el ejercicio del notariado a los servidores públicos, en cuyo supuesto las directrices impugnadas no son aplicables.

En el caso particular, los Abogados y Notarios de Planta del Instituto Costarricense de Electricidad, bajo la modalidad de dedicación exclusiva, se encuentran impedidos para ejercer el notariado externamente e incluso si su cargo en la institución pública les impone el deber de realizar actos notariales en que su patrono sea parte, no están impedidos para ello, siempre que no cobren honorarios por dicha labor; por lo que resulta evidente que las directrices aquí impugnadas son arbitrarias y violatorias de los derechos fundamentales de los recurrentes.

1.4 TALLER PARTICIPATIVO CON LOS ABOGADOS Y NOTARIOS DEL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD:

Como elemento esencial dentro de la problemática del Notario en el empleo público, además de las posiciones doctrinarias, normativas y reglamentarias es necesario realizar un diagnóstico del problema con los propios involucrados y afectados, sean en este caso los Notarios del Instituto Costarricense de Electricidad.

De este diagnóstico se espera abordar la realidad social del problema para enfrentarlo con las regulaciones jurídicas y la posición de la Dirección Nacional de Notariado, de tal manera que se pueda obtener un análisis apegado a los conflictos reales de los involucrados, de frente a determinar las posibles alternativas de solución de esos conflictos.

Para dar efectividad a lo anterior, es necesario proceder a la construcción de un árbol de problemas conforme lo plantea la metodología del Enfoque de Marco Lógico, que es una metodología que permite generar un tipo de conocimiento extraído de una colectividad de la realidad social involucrada en la norma, y la posibilidad de evaluar cual es la posición que juegan realmente los Notarios que ejercen la Función Notarial dentro del Sector Público. Este método supera la mera interpretación de la normativa o la jurisprudencia y permite mediante el diagnóstico de una realidad específica su confrontación con la norma a partir de un estudio ordenado de las causas y efectos del problema principal generado por esa realidad en estudio.

Durante la construcción del árbol de problemas, los Abogados y Notarios participantes fueron planteando cinco posibles categorías de problemas afines, de los cuales luego de algunas discusiones se optaría por escoger cuatro de ellos, cuya confluencia originó el problema principal dentro de este diagnóstico situacional; las categorías son las siguientes:

Primera: Subjetividad, carácter antojadizo y a conveniencia de las Directrices 6-1999, 4-2000, 6-2000, emitidas por la Dirección Nacional de Notariado.

Segunda: Violación de Principios y Derechos constitucionales que amparan al Régimen de Notarios de Planta al servicio de las instituciones públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva.

Tercera: Marginación y eliminación del Régimen de Notarios de Planta al servicio de las instituciones públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva, por parte de la Dirección Nacional de Notariado, vía directrices.

Cuarta: Eliminación de una forma de retribución amparada por la ley distinta a la retribución por honorarios, existente para el Régimen de Notarios de Planta al servicio de las instituciones públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva, por parte de la Dirección Nacional de Notariado, vía directrices.

No obstante, antes de mostrar el mapa de diagnóstico general de los problemas sobre la existencia de un Régimen Notarial en el Instituto Costarricense de Electricidad en contraposición a las directrices de la Dirección Nacional de Notariado, y de las implicaciones regulatorias del actual Código Notarial en relación con tal situación, por la riqueza generada en dicha discusión dentro del taller con los Participantes, es importante no solamente mostrar ese diagnóstico general de problemas, conforme al método de Enfoque de Marco Lógico, sino de alguna manera reconstruir independientemente, algunas relaciones de causa-efecto, en lo que interesa respecto al tema analizado, mediante la presentación de los mapas que generaron a su vez cada una de esas cuatro categorías de análisis del problema central; para que el lector tenga una visión más amplia del origen de los problemas principales planteados dentro del diagnóstico general.

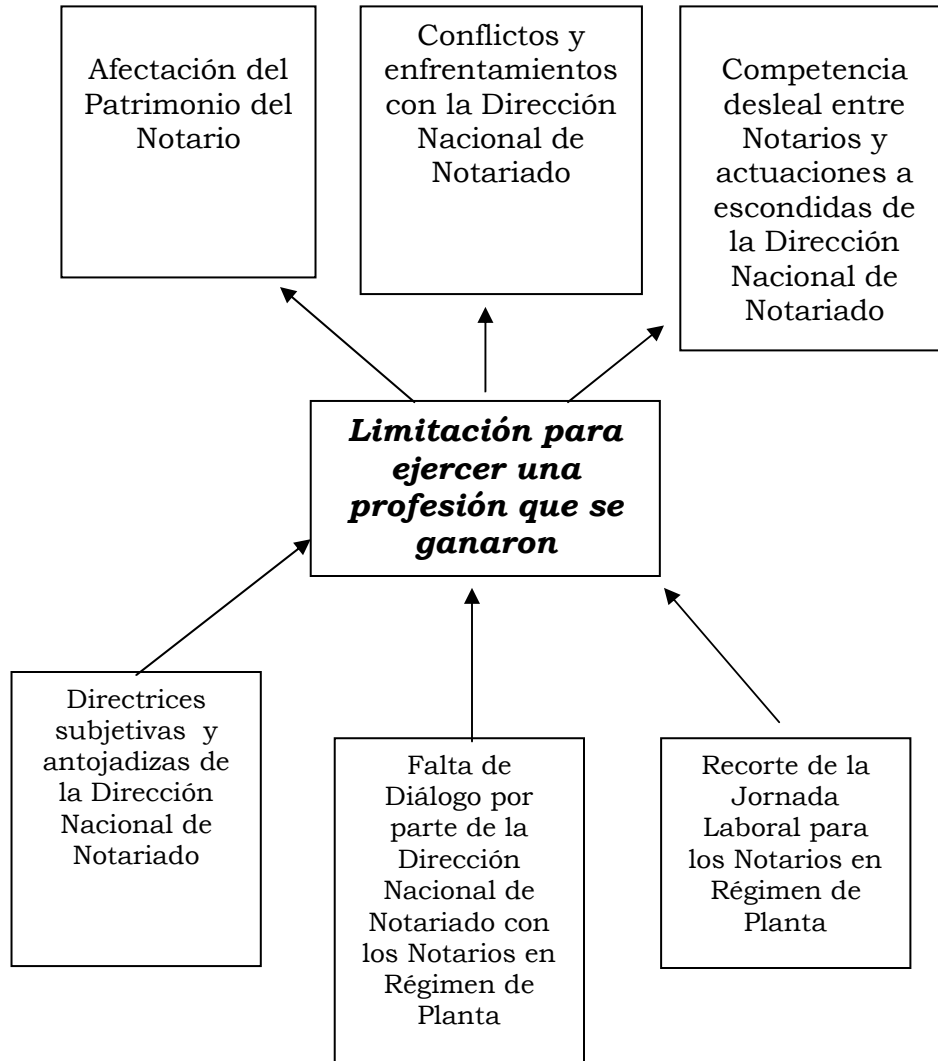
Las cinco categorías de problemas alrededor de los cuales se generó la discusión con vistas a obtener los problemas principales son:

1. Limitación para ejercer una profesión que se ganaron.
2. Subjetividad, carácter antojadizo y a conveniencia de las Directrices 6-1999, 4-2000, 6-2000 de la Dirección Nacional de Notariado.

3. Violación de Principios y Derechos constitucionales que amparan al Régimen de Notarios de Planta al servicio de las instituciones públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva.
4. Marginación y eliminación del Régimen de Notarios de Planta al servicio de las instituciones públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva, por parte de la Dirección Nacional de Notariado, vía directrices.
5. Eliminación de una forma de retribución amparada por la ley distinta a la retribución por honorarios, existente para el Régimen de Notarios de Planta al servicio de las instituciones públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva, por parte de la Dirección Nacional de Notariado, vía directrices.

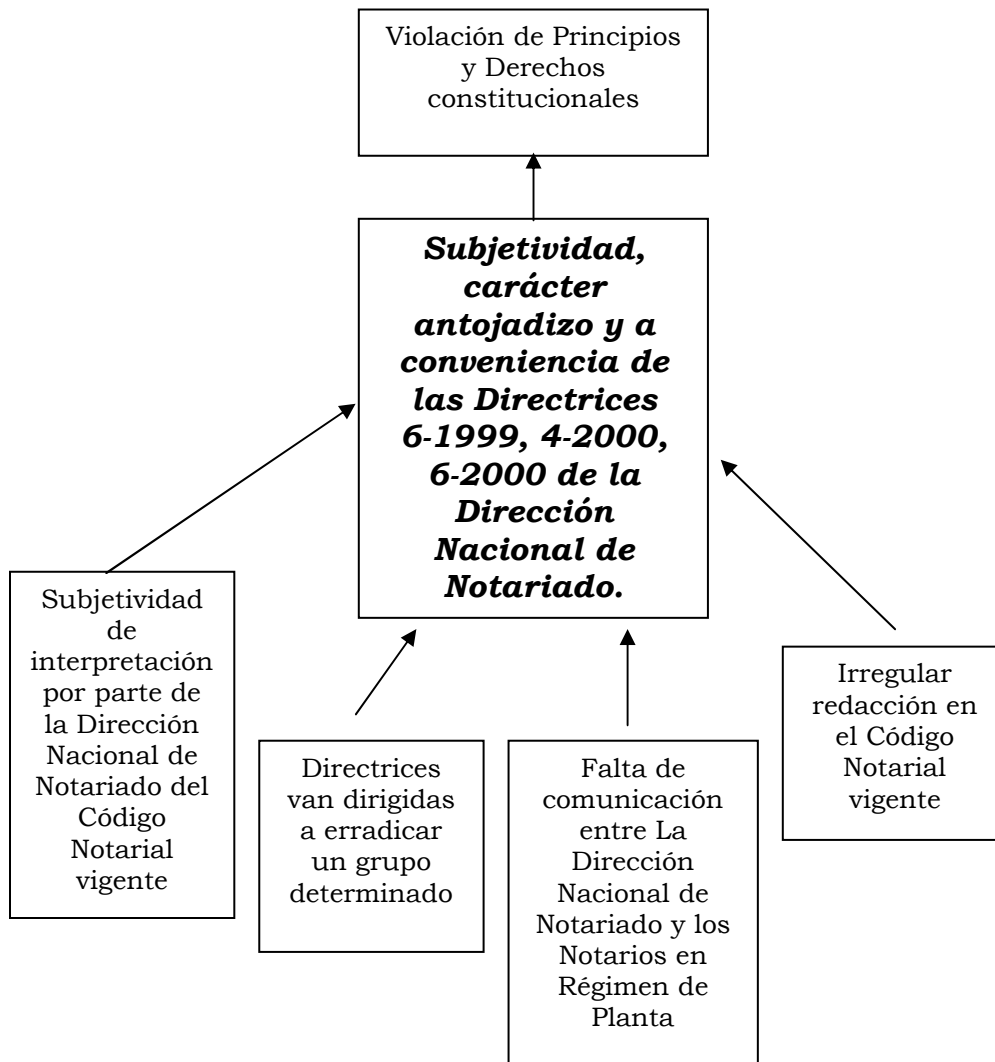
Es necesario aclarar para efectos de su análisis, que los mapas de problemas contienen tres partes, en el centro se ubica el problema central, debajo de este se ubican las causas, y arriba, se ubican los efectos que este genera.

Limitación para ejercer una profesión que se ganaron
(Causas y Efectos)



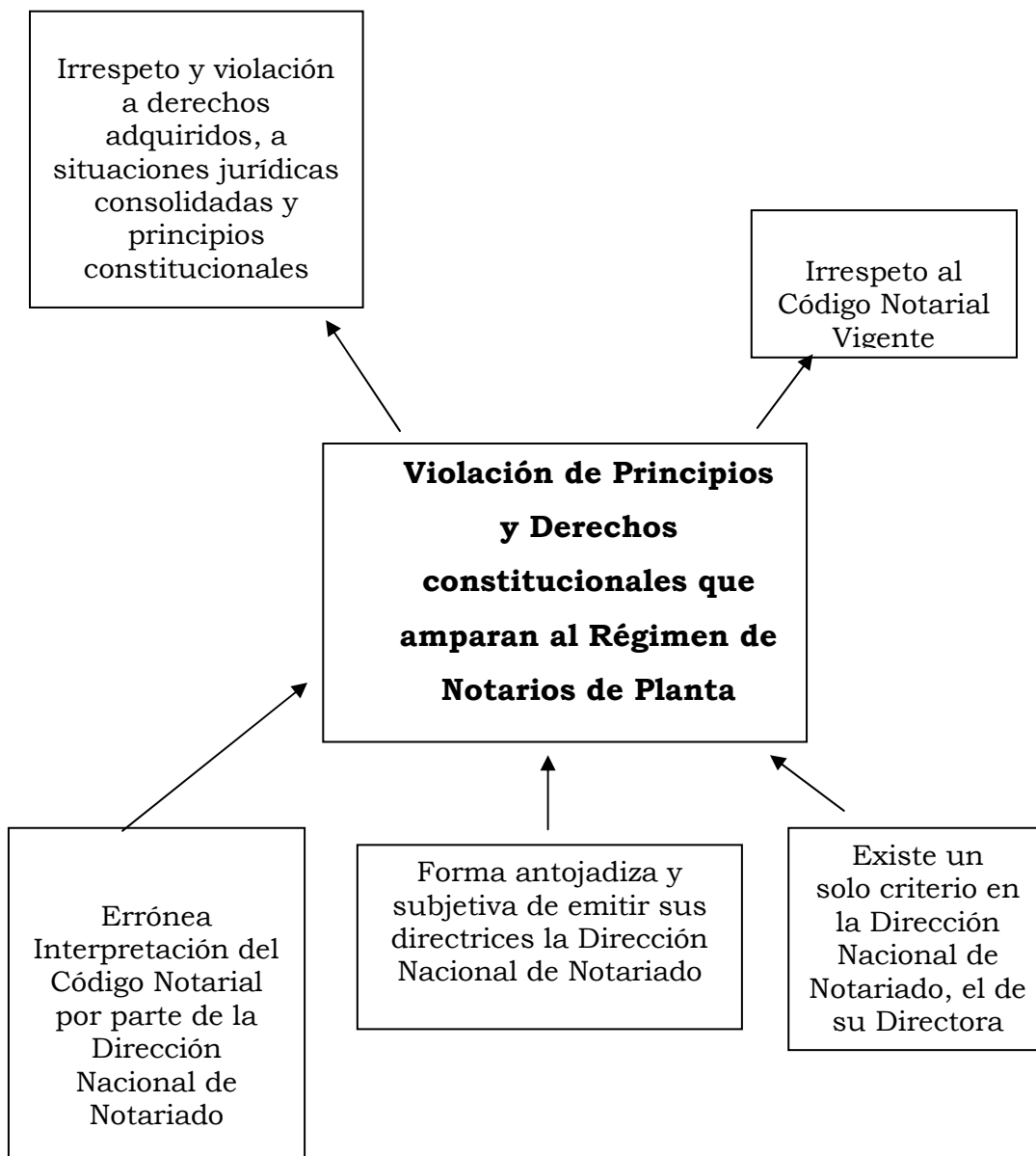
Subjetividad, carácter antojadizo y a conveniencia de las Directrices 6-1999, 4-2000, 6-2000 de la Dirección Nacional de Notariado.

(Causas y Efectos)



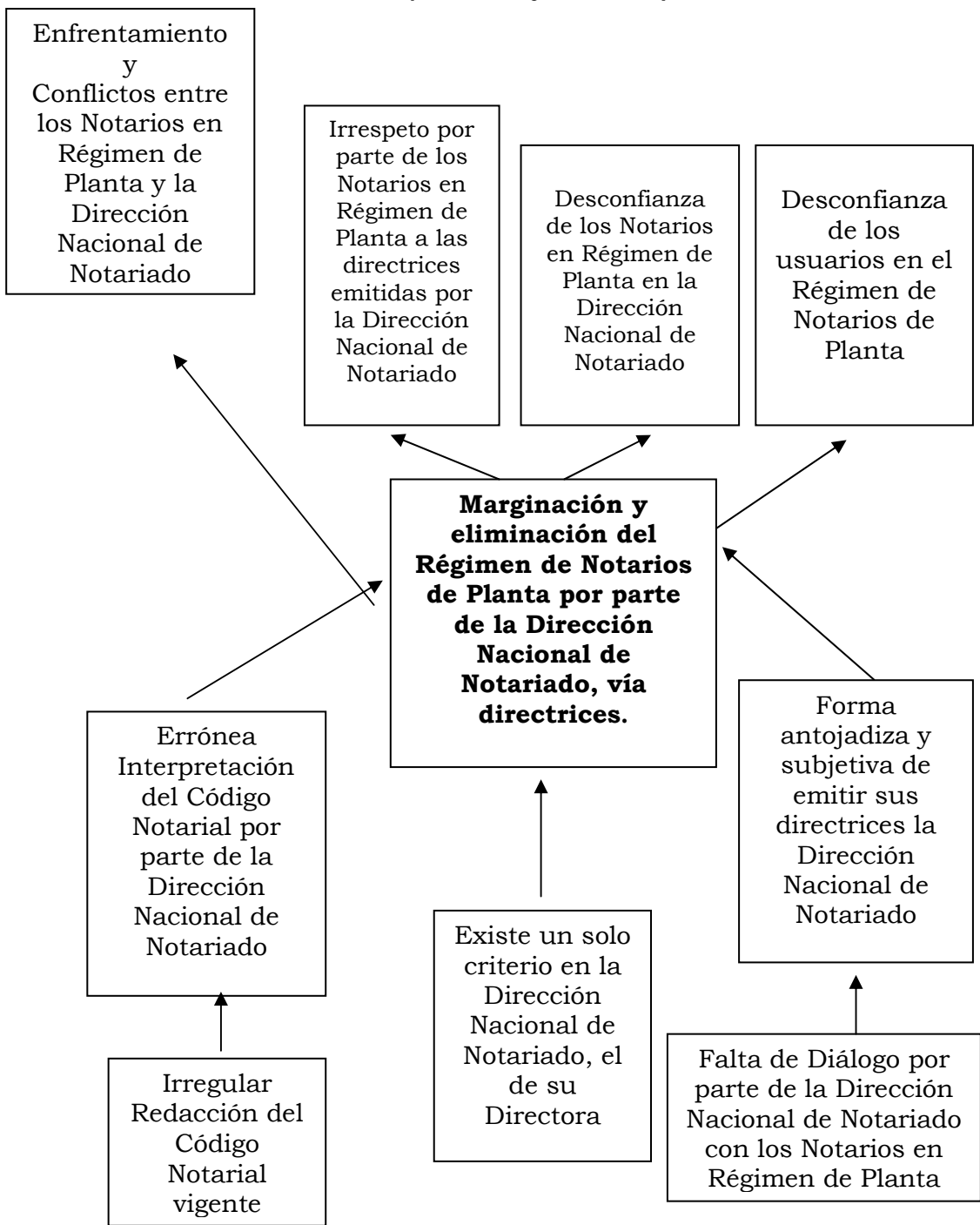
Violación de Principios y Derechos constitucionales que amparan al Régimen de Notarios de Planta al servicio de las instituciones públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva.

(Causas y Efectos)



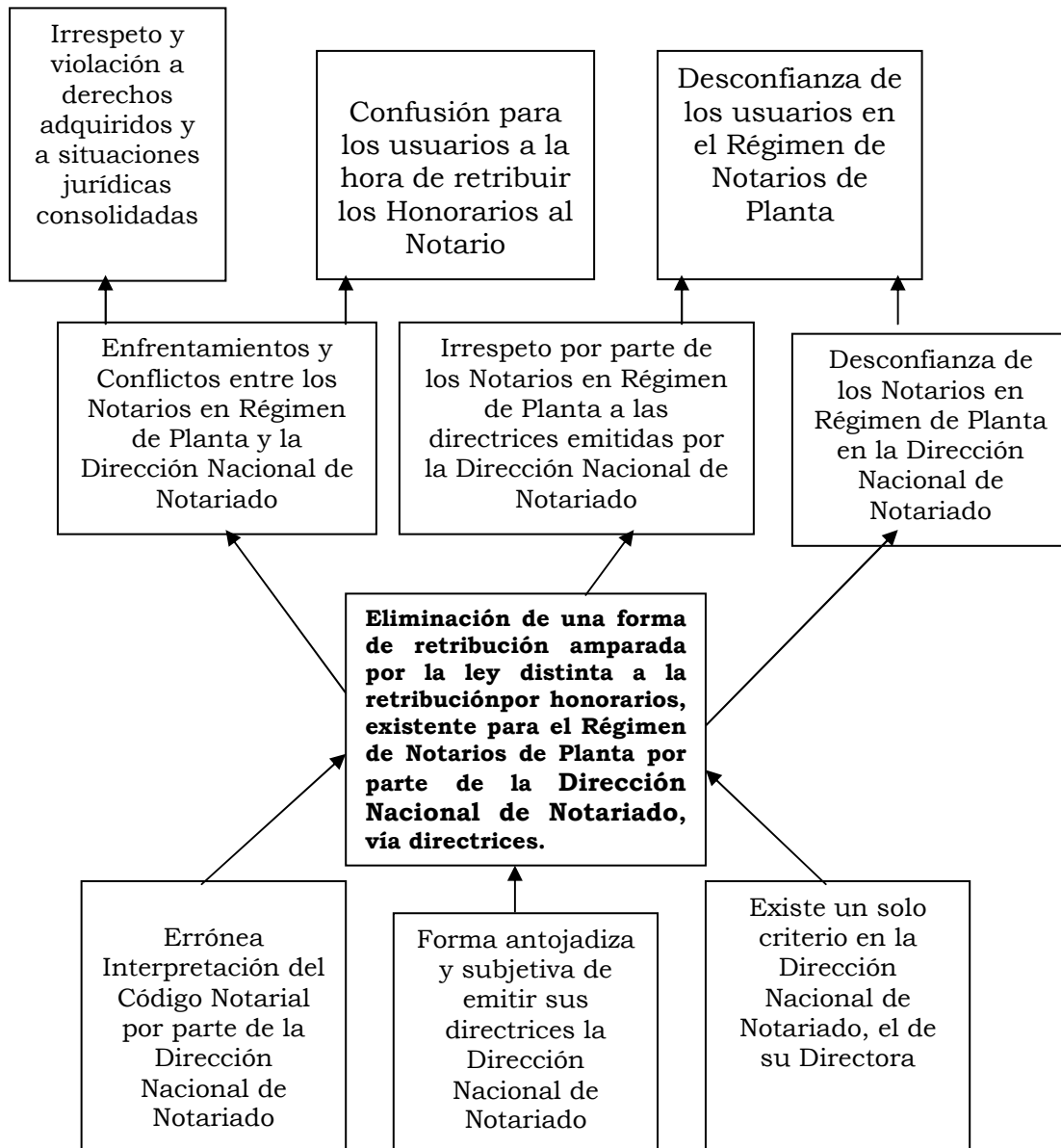
Marginación y eliminación del Régimen de Notarios de Planta al servicio de las instituciones públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva, por parte de la Dirección Nacional de Notariado, vía directrices.

(Causas y Efectos)

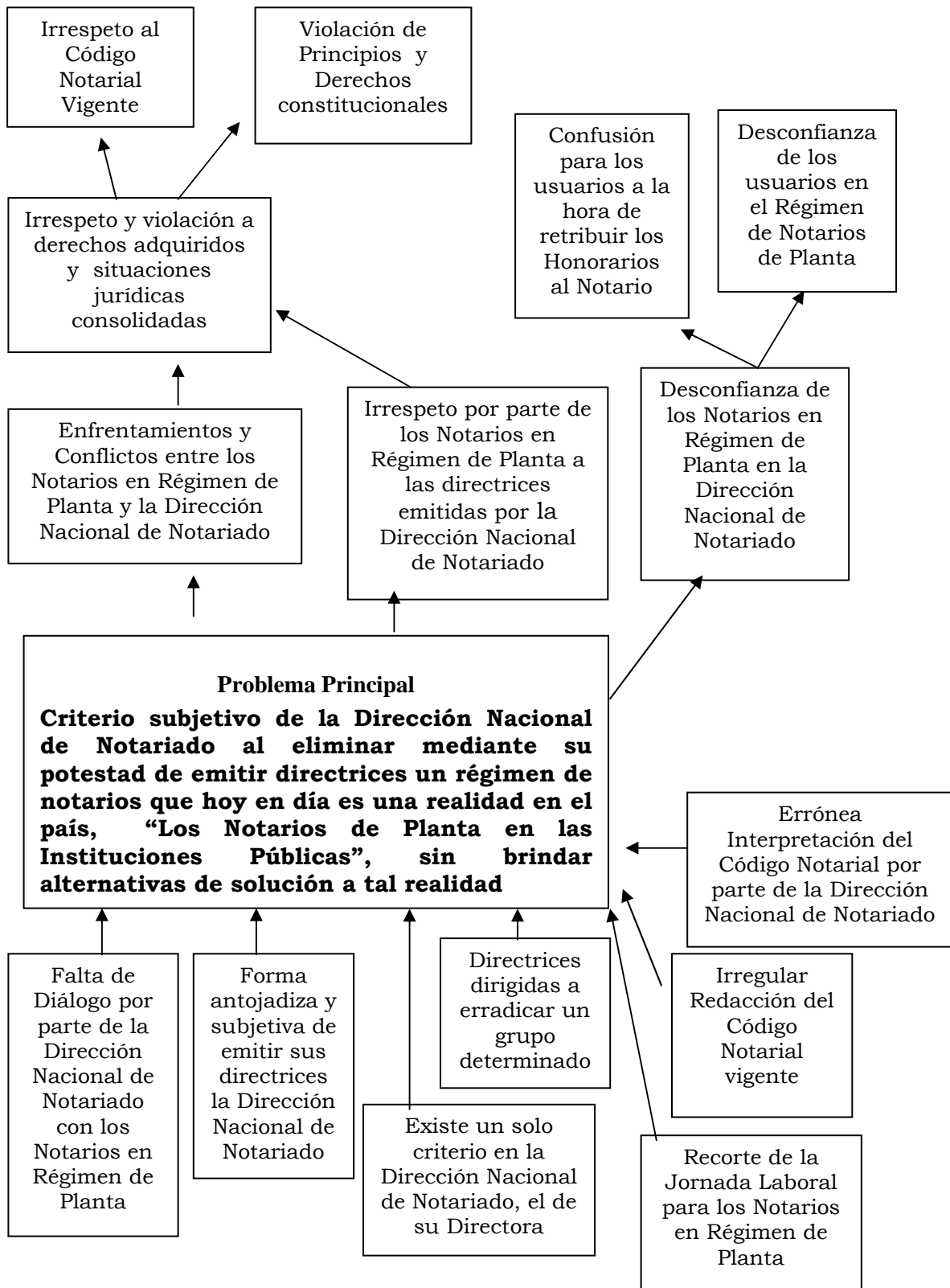


Eliminación de una forma de retribución amparada por la ley distinta a la retribución por honorarios, existente para el Régimen de Notarios de Planta al servicio de las instituciones públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva, por parte de la Dirección Nacional de Notariado, vía directrices

(Causas y Efectos)



Diagnóstico General



1.4.1 ALTERNATIVAS DE SOLUCION AL DIAGNOSTICO DADAS POR LOS PARTICIPANTES EN EL TALLER:

Como resultado del Taller, para los problemas planteados dentro del Diagnóstico de la existencia de un Régimen Notarial en el Instituto Costarricense de Electricidad en contraposición a lo establecido en las directrices de la Dirección Nacional de Notariado, y de las implicaciones regulatorias del actual Código Notarial en relación con tal situación y dentro del marco de las alternativas de solución a los problemas detectados dentro del mismo, siguiendo la metodología del ENFOQUE DE MARCO LÓGICO, para el problema principal planteado dentro del diagnóstico se aportan concretamente dos soluciones fundamentales: primero, una mayor comunicación y enlace entre la Dirección Nacional de Notariado y los Notarios en Régimen de Planta al servicio de las Instituciones Publicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva; y accesoriamente un punto segundo, que sería la coordinación entre ambos partícipes, de forma en que la primera, sea la Dirección Nacional de Notariado, controle y fiscalice, que el ejercicio de la función notarial, por parte de los segundos, sean, los Notarios en Régimen de Planta al servicio de las Instituciones Públicas, bajo el régimen de la dedicación exclusiva, sea el adecuado y correcto, en concordancia con los principios, valores, deberes y características que informan la Función y el Derecho Notarial, acorde con los valores éticos y morales que implica su ejercicio.

Las alternativas de solución antes mencionadas y dadas por los mismos participantes en el Taller realizado como involucrados y afectados directos con la problemática de estudio, responden congruentemente a los problemas detectados dentro del anterior diagnóstico, con la intención de que los resultados que se obtengan con la ejecución de las mismas, tengan un efecto positivo sobre la realidad compleja en la que se pretende actuar, en este caso, el respeto a un Régimen de Notarios existente, amparado por la ley vigente y por la Sala Constitucional, sea el “Régimen de Notarios de Planta al servicio de las Instituciones Públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva”.

1.5 COMENTARIOS Y CONCLUSIONES FINALES:

Debe quedar claro en todo momento que la función contralora y fiscalizadora encomendada en la Dirección Nacional de Notariado, debe ir acorde con lo establecido en el Código Notarial vigente, situación que pareciera ha dejado de lado ésta con la emisión de sus directrices en los sentidos analizados a través de todo el presente estudio, al no reconocer la existencia de un régimen de notarios de planta en las Instituciones Públicas; generando a criterio nuestro toda una problemática de choque y contradicción entre normas de nuestro Código Notarial que ha dado un rumbo sin norte para toda la actividad notarial. Es aquí donde nace el conflicto de intereses entre la Dirección Nacional de Notariado y los notarios que se encuentran bajo dicho régimen, los cuales quedó claro amparan éste en los artículos 7 inciso b) y 8 párrafo final del Código Notarial, situación que la propia Sala Constitucional ha ratificado, sin olvidar que estos notarios pertenecen a un régimen existente en el Código Notarial y que como tal esta regulado e informado por los mismos principios del Derecho Notarial que regulan a los otros tipos de notarios existentes y a los que la Dirección Nacional de Notariado hace énfasis y da un perfil de los mismos en sus directrices, dejando al régimen de notarios de planta como infractor de todos estos principios, situación que no compartimos según se expondrá más adelante.

El problema principal dentro de este diagnóstico, es generado por la confluencia e integración de cuatro problemas claves: la subjetividad aunada al carácter antojadizo y a conveniencia de las Directrices 6-1999, 4-2000, 6-2000 de la Dirección Nacional de

Notariado; lo cual genera una violación de principios y derechos constitucionales que amparan al Régimen de Notarios de Planta del Instituto Costarricense de Electricidad, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva; situación que conlleva a la marginación, y que evidencia un especial interés de la Dirección Nacional de Notariado de eliminar dicho Régimen, cercenando accesoriamente una forma de retribución amparada por la ley distinta a la retribución por honorarios, existente para este régimen, el cual a criterio nuestro viene a cumplir con una necesidad de las mismas instituciones públicas, de contar con estos Notarios en aras de eficiencia, celeridad e idoneidad para el fiel cumplimiento de sus fines y objetivos, en pro y beneficio del Estado y de todos los administrados.

La tesis de la Dirección Nacional de Notariado en las directrices supra, se apoya en una resolución emitida por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 046-94, de las 9:30 horas del 4 de marzo de 1994, cuatro años antes de la promulgación del Código Notarial, por lo que sus fundamentos se dieron al amparo de la Ley Orgánica de Notariado -hoy derogada-; no obstante, la Dirección Nacional de Notariado, considera que en esta resolución se dejaron por sentadas las características propias de una relación de trabajo (comprensiva del elemento subordinación) y del desempeño de la función notarial, que las hace diversas la una de la otra y el por qué de las diferencias también en el medio de remuneración de ambas.

Así, la Dirección Nacional de Notariado pretende desarrollar y dejar por sentado la imposibilidad para los notarios públicos de ejercer como tales para instituciones

públicas, con las excepciones que ya conocemos, dejando plasmado en un documento de alcance general y vinculante para todos los Notarios dicha imposibilidad; alterando y violentando el espíritu del Código Notarial, el cual tutela la existencia del Régimen de estudio en aras de necesidad y cumplimiento de fines y objetivos específicos, como los mencionados supra.

Contradictoriamente, con lo anterior, la Dirección Nacional de Notariado desarrolla en la Directriz 006-2000, un punto denominado “Del Notario por Excepción”, donde retoma la categorización de notarios que se encuentran habilitados para el ejercicio del notariado, expuesta en la Directriz 004-2000, que ya conocemos, para concluir diciendo que en la prestación de servicios notariales por parte de los profesionales o sujetos vinculados a la Administración Pública, se dan tres únicos supuestos 1) El Notario del Estado, quién devenga salario por disposición legal especial, 2) El Notario Consular quien percibe honorarios según el arancel consular; y 3) El Notario Excepción del artículo 5 inciso d), quien devengará honorarios, con las salvedades expresamente establecidas en el inciso b) del artículo 7 y párrafo segundo del artículo 8, del Código Notarial.

Convenientemente en esta etapa del discurso, la Directora de la Dirección Nacional de Notariado no se detiene a desarrollar las excepciones contempladas en los artículos 7 inciso b) y el párrafo final del artículo 8 del Código Notarial, que consideran los afectados funcionarios del Instituto Costarricense de Electricidad es precisamente donde se les permite a los notarios en condiciones similares a las de

ellos, desempeñarse como notarios de planta en las diferentes instituciones públicas del país, así como de los fondos de ahorro y préstamo que funcionen adscritos a cada Institución.

Consideramos que dichas directrices, violentan **el Principio de Irretroactividad de la ley**, en razón de que se imponen obligaciones y requisitos que antes no estaban contemplados en la ley, atentando contra un régimen de notarios de planta al servicio de la Administración Pública, perfectamente consolidado en el tiempo y el espacio; y **el Principio de Igualdad ante la ley**, el cual debe aplicarse necesariamente entre aquellos que se encuentren en iguales condiciones jurídicas ya que estamos claros en que existe una categorización de Notarios Públicos que establece el mismo Código Notarial, pero lo que no se puede aceptar de ninguna forma es que la Dirección Nacional de Notariado haga una diferencia odiosa y contradictoria que la ley no hace al establecer en forma antojadiza a cuales notarios se les aplicará los requisitos legales desarrollados en tales directrices, excediéndose la Dirección en su potestad reglamentaria, al hacer interpretaciones de la ley (Código Notarial), a través de sus directrices con carácter de acatamiento obligatorio para todos los Notarios en contraposición a la ley, situación totalmente vedada por lo que se conoce como jerarquía de las normas.

Asimismo podemos decir, que además se establece un trato discriminatorio, ya que la Dirección Nacional de Notariado desconoce la existencia de facultades que les asisten a los afectados para ejercer el notariado en el sector público, a pesar de estar

habilitados para ello por el mismo Código Notarial en sus artículos 7 y 8. Exigiéndoseles requisitos que materialmente son imposibles de cumplir (nos referimos a los del inciso d) del artículo 5 del Código Notarial), por cualquier funcionario del Sector Público, en la condición de los afectados, sin embargo, dicha disposición les es aplicada únicamente a un grupo determinado, y no así al resto de Notarios que ejercen funciones para el Estado, distinción ésta que no se encuentra en el referido Código Notarial.

Otro punto establecido y que criticamos de las directrices mencionadas, resulta ser la obligatoriedad del cobro de honorarios.

Establece dicha directriz en cuanto al cobro de honorarios que la retribución del ejercicio de la función notarial se debe realizar según se establece en el arancel⁶² que ese derecho-deber, reafirmado en el artículo 166 del Código Notarial, es atinente en forma exclusiva a ese profesional; manifiesta además, que la doble conjugación de ejercicio y servicio, en materia de honorarios se perfila como un medio de costo servicio, lo anterior por cuanto la fe pública no es tasable. Y que en cuanto a la determinación de los honorarios corresponde al Colegio de Abogados realizar las fijaciones y someterlas a la aprobación del Ministerio de Justicia el cual las promulgará vía decreto ejecutivo. Cualquier disposición que afecte la vigencia del cobro de

⁶² Se refiere al Decreto Ejecutivo 20307-J y a lo indicado en el artículo 166 del Código Notarial.

honorarios, constituye una violación a los artículos 10 del arancel y 166 del Código Notarial, lo que motiva la aplicación del inciso f) del artículo 143 del Código Notarial.⁶³

Por otra parte, mencionan tales directrices que la prestación de servicios que el notario externo brinda a las entidades públicas se canaliza mediante la existencia de roles de distribución, no pudiendo ser nombrado el notario en más de tres instituciones públicas y que se distinguen dos grandes tipos de usuarios de los servicios notariales: 1) el Estado en sus distintas denominaciones y, 2) los particulares (personas físicas o jurídicas); concluyendo que todo notario activo que ejerza la función, debe ajustarse al arancel en toda actuación notarial sea protocolar o extraprotocolar, ya que admitir otro sistema de pago no regulado por la norma 166 del Código rector de la materia y el arancel vigente, constituye la apertura de elementos discriminatorios, tanto para el usuario, cuanto para el notario autorizante, quien por ley, tiene un marco económico inviolable.

Con todo lo anteriormente expuesto se nota que la Dirección Nacional de Notariado olvida mencionar y desarrollar otras normas del Código Notarial que regulan y prevén la existencia de otra forma de pago diversa al cobro de honorarios, tal es el caso del inciso b) del artículo 7, y en concordancia con ésta, el artículo 8 párrafo segundo del mismo cuerpo de leyes.

⁶³ Dicho artículo advierte que podrá sufrir una suspensión de hasta por un mes, aquel notario que no se ajuste a las tarifas fijadas y cobre menos o más, estableciendo la libertad de percibir una suma mayor hasta el cincuenta por ciento establecido.

Las normas supracitadas admiten la existencia de notarios públicos al servicio de la Administración Pública, retribuidos mediante salario, así como la retribución vía honorario en los casos de formalización de escrituras de los Fondos de Ahorro y Préstamo adscritos al Ente Patronal, por lo que no queda claro como la Directora de la Dirección Nacional de Notariado concilia que dos normas de igual rango y que pertenecen a un mismo Código pueden llegar a contradecirse de esa forma.

Asimismo, dicha forma de pago (sea por salario), a criterio nuestro se justifica para este tipo de régimen, ya que en aras de economía y costos resulta más beneficioso para la Administración Pública el pago de esta forma por los servicios notariales de los cuales es usuaria. De igual forma, somos del criterio que del hecho de que sea la misma institución pública la que pague el salario, creándose así una relación de subordinación laboral, no cercena el principio de imparcialidad, ni el deber de asesoría adecuada, independientemente de las partes intervinientes, sino más bien, viene a reforzar el inadecuado cobro de honorarios que podría darse para con los usuarios de los servicios notariales en la Administración Pública, sea la existencia de algún tipo coordinación entre Patrono y Notario, para enriquecerse, con fondos que son claramente públicos, o ya sea el abuso en el cobro de estos honorarios para con usuarios particulares. Situación de cobro, que tienen totalmente vedada los Notarios pertenecientes a es tipo de régimen.

En el mismo orden de ideas, el criterio de los afectados y con el que coincidimos, es que tal contradicción no existe, sino que como lo admite la Dirección

Nacional de Notariado, el Código Notarial hace referencia a varias categorías de notarios públicos, por lo que, las normas en cuestión regulan precisamente estas diferencias.

Es por ello, que al estar las supracitadas directrices dirigidas a erradicar a un grupo de profesionales, que es hoy en día una realidad en nuestro país (notarios de planta en instituciones públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva), omiten la mismas hacer mención de aquellas normas que podrían distorsionar su discurso y las metas que pretende conseguir con éste, con lo cual vuelve a violentar los principios de irretroactividad de la ley y de igualdad, exigiendo una serie de requisitos, que dada su condición de notario excepción, no resultaría de aplicación para los afectados directos, sean los notarios de planta de las instituciones públicas, bajo el régimen dicho.

Resulta inconciliable la posición emitida por la Dirección Nacional de Notariado con los postulados contenidos en los artículos 7 y 8 del Código Notarial, y lo más peligroso, es que por la vía de la interpretación totalmente subjetiva realizada por la Licenciada Bogarín, en su condición de Directora de la Dirección Nacional de Notariado, gira directrices de alcance general y de acatamiento obligatorio para todos los notarios de planta al servicio de la Administración Pública, con el único propósito de erradicar a un grupo de profesionales que prestan sus servicios en diversas instituciones del país y amparados en la ley, cumpliendo una necesidad tomada en cuenta por el mismo espíritu del legislador.

Es importante exponer ciertos criterios que resultan relevantes para entender lo aquí discutido, entre los cuales están:

Resolución 2000-00444, de la Sala Constitucional:

Dicha resolución en el considerando IX estableció las formas en que deben contratarse los servicios de abogados y **notarios** dentro de la Administración Pública a saber:

- a-** 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.
- b-** Contratación de profesionales en Derecho (abogados y notarios) para que presten estos servicios en forma externa, mediante un contrato administrativo de servicios profesionales.

Con respecto al punto **a-** es interesante destacar como se crea una relación de subordinación del profesional con la institución, la cual es retribuida mediante el pago de un estipendio de naturaleza salarial establecido de previo, el cual no permite al servidor de ninguna otra remuneración por los servicios que presta. También resulta evidente que el profesional no podría percibir honorarios, pues los servicios que presta se entienden remunerados con el salario, por lo que es necesario que las obligaciones que asume el servidor contratado estén claramente establecidos sea en el contrato laboral o en el manual descriptivo de puestos.

Dadas las anteriores consideraciones, resulta innegable el reconocimiento que nuestro ordenamiento jurídico le da a los notarios que ejercen su actividad bajo el régimen de empleo público, sin que tal circunstancia resulte ser un impedimento para su ejercicio.

En el presente caso (Abogados y Notarios de Planta del Instituto Costarricense de Electricidad), contratados para labores ajenas a la función notarial, y por darse una eminente necesidad de la Administración Pública de contar con notarios de planta que ejercieran las actividades notariales requeridas para la consecución de sus fines (según lo permite el mismo Código Notarial), la institución pública (Instituto Costarricense de Electricidad) optó por pagar un estipendio de naturaleza salarial establecido de previo, razón por la cual no permite al servidor de ninguna otra remuneración por los servicios que presta, a excepción de la remuneración por honorarios que percibe en los casos de formalización de escrituras de los Fondos de Ahorro y Préstamo.

En razón de lo anteriormente expuesto, no resultan lógicos los criterios esgrimidos por la Directora de la Dirección Nacional de Notariado, en cuanto niega la existencia de notarios bajo el régimen de empleo público, en virtud de que la ley y la jurisprudencia constitucional han reconocido su existencia.

Asimismo, existe un contrasentido en la afirmación de que existen imposibilidades insalvables para que notarios ejerzan su actividad para la

Administración Pública, cuando la misma ley señala que la Administración puede contratar notarios de dos formas diferentes, bajo la modalidad de empleado donde existe un grado de subordinación y cuya contraprestación es un salario, y la otra mediante una contratación de servicios profesionales, si ello es así, nos preguntamos en que situación quedan los nuevos profesionales (notarios), contratados bajo la primera modalidad (empleado público).

Como puede apreciarse de la normativa anteriormente citada, la situación de los notarios de planta del Instituto Costarricense de Electricidad, se encuentra ajustada a derecho, toda vez que su función como tales es remunerada por medio de un estipendio salarial y conforme lo dispone el artículo 166 del Código Notarial, en relación con el 7 inciso b) del Código Notarial, en el caso de los fondos de ahorro, honorarios que son cubiertos por los particulares y no por el ente patronal.

Oficio Número C-160-99 de la Procuraduría General de la República

Al referirse la Procuraduría General de la República al “Ejercicio del notariado dentro de la función pública” manifestó:

“En cuanto a este tema, resulta categórica y clara la normativa que prohíbe, absolutamente, al funcionario ejercer, en forma privada, el notariado, así como cobrar honorarios, cuando presta ese servicio a la Administración Pública (...) de conformidad con el inciso f) del artículo 4 de la nueva legislación notarial se amplía, más bien, el impedimento del ejercicio particular del notariado a todos los servidores que ejerzan cargos en cualquier dependencia del sector público (...) De ahí que se comprende, lo

dispuesto por el párrafo 2 del artículo 8 del Código de rito, al establecer que ni siquiera los notarios nombrados en forma regular por la Administración Pública, los cuales perciben salarios o dietas, puedan cobrar honorarios ni al Estado ni a terceros; a menos que se trate de “formalización de escrituras relacionadas con los fondos de ahorro y préstamo que funcionen adscritos a cada institución”, y no corresponda a la actividad ordinaria de la dependencia. (...) En consecuencia del espíritu del nuevo Código Notarial se logra extraer con determinante precisión, que todo servidor común y corriente de la Administración Pública, aun en aquellos supuestos contratados como notarios, bajo la modalidad de un nombramiento usual, no pueden devengar, por la prestación de sus servicios ordinarios otra retribución que no sea el salario o dieta. (el destacado no es del original).

Es importante rescatar del citado dictamen, la idea que desarrolla la Procuraduría al manifestar, que el espíritu del nuevo Código Notarial no fue el de eliminar los notarios bajo el régimen de empleo público sino por el contrario, fue regular las actuaciones de estos dentro de la Administración Pública procurando que no se diera un enriquecimiento ilícito para algunos profesionales que venían ejerciendo su función notarial a cambio de una contraprestación salarial y cobrando a su vez, honorarios por el mismo concepto, el cual no es el caso que nos ocupa, quienes ejercen la abogacía y el notariado bajo el régimen de empleo público para el Instituto Costarricense de Electricidad, con una retribución de tipo salarial y con la imposibilidad de ejercer privadamente tales actividades, y poder cobrar honorarios únicamente para el caso de la formalización de escrituras del Fondo de Ahorro y Garantía.

Finalmente, por medio de la metodología del Enfoque de Marco Lógico, se ha logrado identificar, además de los problemas principales que en materia del ejercicio de la función notarial en régimen de empleo público aquejan a los notarios pertenecientes al Régimen de Notarios de Planta al servicio de las Instituciones Públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva, las causas y efectos de esa problemática, a partir de lo cual se han elaborado los objetivos generales y específicos de la presente investigación, que finalmente han llevado a establecer por parte de los mismos involucrados y afectados directos las alternativas de solución directamente congruentes con los problemas identificados en el marco del diagnóstico inicial, por lo que se espera, que la ejecución de tal propuesta sea eficaz en la solución integral de la problemática aquí presentada.

Es gracias a un diagnóstico inicial integral sobre la existencia de un Régimen Notarial en el Instituto Costarricense de Electricidad en contraposición a lo establecido en las directrices de la Dirección Nacional de Notariado, y de las implicaciones regulatorias del actual Código Notarial en relación con tal situación, llevado a cabo mediante la realización de un taller participativo de análisis de dicho tema, que se evidenció que la problemática en estudio estaba interconectada con otras realidades, como el verdadero asidero legal de dicho régimen en nuestro ordenamiento jurídico notarial, ya que según pudo desprenderse del diagnóstico realizado, el Código Notarial vigente tutela y ampara dicho régimen, situación que, según se vio, fue ratificada por la Sala Constitucional. Por otra parte, se nota como el espíritu del legislador, fue el de darle vida jurídica al mencionado régimen, conociendo de antemano su existencia y las

necesidades de ésta para el idóneo y eficaz cumplimiento de las actividades de las Instituciones Públicas.

A estas manifestaciones de la problemática en estudio, se suma la inquietud de parte nuestra de la posición que asumió categóricamente la Dirección Nacional de Notariado respecto al tema, ignorando desde un inicio la existencia de un Régimen de Notarios de Planta al servicio de las Instituciones Públicas, marginando a dichos notarios y obligándolos a cumplir con lo resuelto en sus directrices sobre el tema. Nos resulta a todas luces, extraña esta situación por parte de la Dirección, de ignorar y mal interpretar las regulaciones del Código Notarial vigente; y es de esperarse a partir de ahora, con la emisión del voto de nuestra Sala Constitucional que ampara dicho régimen, que la Dirección Nacional de Notariado tome cartas en el asunto y explique claramente la posición que tomó en cuanto al tema, y ante todo empiece por rectificarla, adoptando su carácter de Órgano contralor y fiscalizador del ejercicio adecuado y correcto de la Función Notarial, tomando las medidas necesarias para que dicho ejercicio por parte este Régimen se lleve a cabo acorde con los principios del derecho notarial y bajo los valores éticos y morales que lo impregnan.

Siendo así las cosas, y habiéndose realizado un esbozo normativo de cuales son los criterios imperantes de la Dirección Nacional de Notariado plasmados en las Directrices 6-1999, 4-2000, 6-2000, y conociendo cuales fueron los resultados del diagnóstico obtenidos con la realización del Taller Participativo y al mismo tiempo tener claro, cual es la posición de la Sala Constitucional frente a tal problemática, así como

seguir la posición dada a través de nuestras Precisiones Conceptuales, en relación a cada uno de los intereses de las partes involucradas en la problemática analizada podemos concluir que no compartimos la posición de la Dirección Nacional de Notariado que reza que la autonomía, imparcialidad e independencia que rige al Notario, conlleva que el profesional notarial no puede estar sujeto a relación de subordinación alguna, pues contrario –al ámbito de la abogacía- asisten al notario prohibiciones para hacer uso de la fe pública en asuntos donde figuren como partes o tengan interés en él, familiares por afinidad o consanguinidad, o personas físicas o jurídicas, entre estas últimas instituciones públicas con las que mantenga una relación de servicio o trabajo, está apoyada en los primordiales principios que rigen el ejercicio de la función notarial, en valores morales y éticos, principios y valores que nosotros también defendemos a cabalidad y entendemos el espíritu de tales criterios, no obstante, somos del criterio que la existencia del analizado Régimen de Notarios de Planta al servicio de las instituciones públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva, que el Código Notarial vigente tutela y ampara, situación que la Misma Sala Constitucional ratifica, conlleva a que ésta cumple con una necesidad de la realidad nacional, que el mismo legislador palpó y de la que tiene conocimiento, y que constituye un tipo de Régimen de Notarios distinto a los que también establece el Código Notarial y que la Dirección Nacional de Notariado expone de manera muy clara y adecuada en las directrices supra analizadas; que obviamente debe regirse por los mismos principios que informan la función notarial, para todos los notarios en general y bajo los más rigurosos cánones de la moral y la ética, estamos hablando de los principios de autonomía, imparcialidad, independencia, disponibilidad, idoneidad,

integridad, eficiencia y de todos los requisitos que deben cumplir los notarios para el correcto y adecuado ejercicio de la función notarial, sean una adecuada y correcta asesoría, sin importar la parte a la que se le brinde, en coordinado respeto a la fe pública delegada por potestad de imperio en cada uno de los Notarios habilitados para el ejercicio de la Función Notarial para obtener con ello, el cabal cumplimiento del Principio de Legalidad y brindar a todos los usuarios de los servicios notariales la necesaria y justa seguridad jurídica que merece toda actuación notarial a la que se sometan.

Sin embargo, hay que ser claros y darse cuenta que el Régimen de Notarios de Planta que fue objeto de nuestro estudio en el presente trabajo, es un Régimen especial tutelado y algunos de los principios supracitados no es que se contrapongan a dicho régimen, sino que lo que pasa es que principios como el de autonomía e independencia, se limitan de cierta forma para dicho régimen, algo parecido a lo que sucede con los Notarios del Estado o los Notarios Consulares, pero aquí es preciso decir que pertenecer y formar parte de tales regímenes especiales no implica de ninguna manera, que tales notarios puedan dejar de lado la imparcialidad o brindar una inadecuada asesoría a los usuarios de sus servicios, a la hora de ejercer la función notarial, así como la idoneidad y eficacia de sus actuaciones. Todo lo contrario, creemos que el pertenecer a este tipo de regímenes, implica aun más respeto y cuidado en cada una de las actuaciones del Notario, ya que es tanto objeto de supervisión por parte de la Administración Pública, así como sujeto directo del régimen disciplinario aplicable a todos los Notarios Públicos.

De igual forma, como los Notarios que ejercen su función privadamente cumplen una función necesaria e indispensable para la sociedad civil, en el avance de sus transacciones comerciales, civiles, laborales etc.; los Notarios pertenecientes a este tipo de Régimen cumplen una función indispensable e importantísima en la consecución de los fines y objetivos de cada una de las instituciones públicas del Estado, que requieren del asesoramiento y de los servicios de Notarios Públicos para alcanzar de manera eficiente y con responsable celeridad éstos; en pro y beneficio del mismo Estado y de los propios administrados.

Finalmente, del diagnóstico de problemas detectados, los cuales fueron esbozados a lo largo del presente estudio, se advirtió la necesidad, como alternativas de solución a los mismos, primero, una mayor comunicación y enlace entre la Dirección Nacional de Notariado y los Notarios en Régimen de Planta al servicio de las Instituciones Públicas, bajo la modalidad de la dedicación exclusiva y accesoriamente un punto segundo, que sería la coordinación entre ambos partícipes, de la forma en que la primera, sea la Dirección Nacional de Notariado, controle y fiscalice, que el ejercicio de la función notarial, por parte de los segundos, sean, los Notarios en Régimen de Planta al servicio de las Instituciones Públicas, sea el adecuado y correcto, en concordancia con los principios que informan la función notarial y acorde con los valores éticos y morales que implica su ejercicio.

Por último, creemos que la puesta en práctica de las mencionadas alternativas de solución, traerá como resultado casi inmediato, el cumplimiento idóneo del ejercicio

de la función notarial por parte de los Notarios en Régimen de Planta al servicio de las Instituciones Públicas; acorde con los valores y principios a los que antes se hizo referencia, no permitiendo de ninguna forma su violación e irrespeto, todo en aras del servicio idóneo y eficaz, dentro de la seguridad jurídica que merecen los usuarios de tales servicios y el cabal cumplimiento del espíritu del legislador, en aras de instituciones públicas ágiles, eficientes e idóneas, lejos de trámites burocráticos lentos y corruptos.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. ALESSI (Renato) Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1970.
2. BELLO (Andrés), Principios de Derecho Internacional, Valparaíso, Imprenta El Mercurio, segunda edición, 1844.
3. CARRAL Y DE TERESA (Luis), Derecho Notarial y Derecho Registral, México, Editorial Porrúa, quinta edición, 1979.
4. CASTAN TOBEÑAS (Julio), Función notarial y elaboración notarial del derecho, Madrid, Instituto Reus S.A., primera edición, 1945.
5. CASTILLO BLANCO (Federico), Función Pública y Poder Disciplinario del Estado, Madrid, Editorial Civitas, 1992.
6. COUTURE (Eduardo), Estudios de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Ediciones Depalma, tercera edición, T II, 1949.

7. DE LA HERRAN DE LAS POZAS (José Pablo) Derecho Notarial, Madrid, editorial, 1946.
8. GIMÉNEZ ARNAU (Enrique), Derecho Notarial, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1976
9. GIMÉNEZ ARNAU (Enrique), Introducción al Derecho Notarial, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, primera edición, 1944.
10. GOMEZ MARTINHO FAERNA (Augusto) La Función de Notario en la Unión Europea, Madrid, Consejo General del Notariado, primera edición, 1997.
11. GONZALEZ (Carlos Emérito), Derecho Notarial, Buenos Aires, Editorial La Ley S.A., primera edición, 1971.
12. GONZALEZ PALOMINO (José), Instituciones de Derecho Notarial, Madrid, Editorial Reus, primera edición, 1948.
13. GUIER (Jorge Enrique), Historia del Derecho, San José, Editorial Costa Rica, primera edición, T I, 1968.
14. LARRAUD (Rufino), Curso de Derecho Notarial, Buenos Aires, Ediciones Depalma, primera edición, 1966.

15. MARTINEZ SEGOVIA (Francisco), Función Notarial, estado actual de la doctrina y ensayo conceptual, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa, América, primera edición, 1961.
16. MONGE CHACON (Víctor), Teoría y Práctica de las Funciones Consulares Costarricenses, Heredia, Tesis de Grado para optar por el título de licenciado en Relaciones Internacionales, Escuela de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional, 1980.
17. MORA VARGAS (Herman), Manual de Derecho Notarial, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, primera edición, 1999.
18. NERI (Argentino I.), Tratado Teórico Práctico de Derecho Notarial, Buenos Aires, Editorial Depalma, Tomo I, 1981.
19. NÚÑEZ LAGOS (Rafael), Hechos y Derechos en el documento público, Madrid, Editorial Aguilar, primera edición, 1950.
20. ORTIZ (Hernán), Ética Notarial, Santa Fe de Bogotá, primera edición, 1993.
21. OTERO Y VALENTIN (Julio), Sistemas de la función notarial, Barcelona, Editorial Igualada, primera edición, 1933.

22. PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (Bernardo), Derecho Notarial, México, D.F. Editorial Porrúa, segunda edición.
23. PONDE (Eduardo), Origen e Historia del Notariado, Buenos Aires, Ediciones Depalma, primera edición, 1967.
24. SALAS MARRERO (Oscar) Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá, San José, Editorial Costa Rica, primera edición, 1973.
25. SALAS MARRERO (Oscar) y HERNÁNDEZ (Rubén), Apuntes de Derecho Notarial, San José, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1970.
26. SANAHUJA Y SOLER (José María), Tratado de Derecho Notarial, Barcelona, Editorial BOSH, Vol. 1, 1945.

REVISTAS

1. ALLENDE (Ignacio), Carácter y Alcance de la Función Notarial, Revista Internacional de Notariado, Buenos Aires, número 34, abril-junio de 1957.
2. CALVO MURILLO (Virgilio F.), La Función del Notario Público desde el Ámbito del Derecho Público, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, número 91, enero-abril del 2000.

3. GALLEGO ANABITARTE (Alfredo), Las Relaciones Especiales de Sujeción y el Principio de la Legalidad de la Administración, Revista de Administración Pública, Madrid, número 34, enero-abril de 1961.
4. LOPEZ LAGAZPI (Fortino), La Institución Notarial, Revista Internacional de Notariado, La Plata, número 68, 1968.
5. SOLARI DEL VALLE (Claudio A.), La Responsabilidad del notario frente a t terceros, Revista Notarial, Buenos Aires, número 88, julio-agosto de 1982.
6. OLGUIN (Leticia), Modelo de Autoevaluación Participativa, Revista Educación, 23(1), 1999.

JURISPRUDENCIA

1. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia número sesenta y tres de las diez horas cuarenta y cinco minutos del dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa y uno.
2. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia número veintidós de las diez horas del treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y dos.

3. Sala de Casación, número ochenta y siete. Primer Semestre, mil novecientos setenta y cinco, Ortiz Sequeira y otro
4. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Voto número cuarenta y cuatro de las quince horas veinticinco minutos del siete de febrero de mil novecientos noventa y seis.
5. Sala de Casación, número ciento veintitrés. Segundo Semestre, segundo tomo, mil novecientos setenta y tres.
6. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número mil cuatrocientos ochenta y tres, de las quince horas treinta minutos del veintiuno de febrero del dos mil uno.

CÓDIGOS Y LEYES

1. Ley Orgánica de Notariado de Costa Rica, número 39, del 5 de enero de 1943.
2. Código Notarial de Costa Rica, Ley número 7764 del 17 de abril de 1998.
3. Estatuto del Servicio Civil y su Reglamento.

4. Ley General de la Administración Pública., número 6227, del 02 de mayo de 1978.

DIRECTRICES DE LA
DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO

1. Directriz número 006-1999, de las 10:00 horas del 10 de marzo de 1999.
2. Directriz número 004-2000, de las 07:33 horas del 20 de julio del 2000.
3. Directriz número 006-2000, de las 10:00 horas del 22 de agosto del 2000.
4. Directriz número 001-2001, de las 10:00 horas del 30 de enero del 2001.

DICTAMENES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA

1. Dictamen de la Procuraduría General de la República número C-193-86 del 21 de junio de 1986.
2. Dictamen de la Procuraduría General de la República número C-022-87 del 28 de enero de 1987.

3. Dictamen de la Procuraduría General de la República número C-076-87 del 07 de abril de 1987.
4. Dictamen de la Procuraduría General de la República número C-164-87 del 31 de agosto de 1987.
5. Dictamen de la Procuraduría General de la República número C-168-90 del 09 de octubre de 1990.
6. Dictamen de la Procuraduría General de la República número C-232-98 del 04 de noviembre de 1998.
7. Dictamen de la Procuraduría General de la República número C-160-99 del 10 de agosto de 1999.
8. Dictamen de la Procuraduría General de la República número C-179-99 del 08 de setiembre de 1999.
9. Dictamen de la Procuraduría General de la República número C-198-00 del 31 de agosto del 2000.

TESIS

1. ALVARADO VALVERDE (Jorge Enrique), “Diagnostico de las necesidades de capacitación de los registradores del registro publico de la propiedad inmueble”, Tesis para optar al grado de Maestría en Derecho Notarial y Registral de la Universidad de Costa Rica, 2001.

OTROS

1. Enfoque de Marco Lógico, Seminario de Investigación 2, Maestría en Derecho Notarial y Registral del Sistema de Estudios de Postgrado de la Universidad de Costa Rica, 2001.
2. Entrevistas realizadas a los abogados y notarios de planta del Instituto Costarricense de Electricidad, el día 14 de junio del 2002.