

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

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

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA:

FONDO DE GARANTÍA EN EL NOTARIADO COSTARRICENSE

INTRODUCCIÓN: En el presente informe usted encontrará información acerca del tema del fondo de garantía y su desarrollo en la práctica del notariado costarricense, de modo tal que se encuentra su regulación, algunos pronunciamientos sobre este como directrices de la Dirección Nacional de Notariado, Dictamen de la Procuraduría General de la República y Jurisprudencia nacional.

Índice de contenido

CÓDIGO NOTARIAL.....	2
ARTÍCULO 9.- Fondo de garantía.....	2
Fondo de garantía.....	3
DIRECTRIZ N° 2002-001.....	4
DICTAMEN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	10
OJ-107-2001	10
JURISPRUDENCIA.....	42
Notario público: Concepto y análisis acerca de la inhabilitación en el ejercicio de la función notarial por morosidad en el pago de cuota al fondo de garantía y su carácter no sancionatorio.....	42
Notario público: Análisis normativo sobre requisitos, incompatibilidades y excepciones para ejercer la función notarial... ..	45
Análisis jurisprudencial sobre los alcances de la normativa que autoriza a los funcionarios públicos a ejercer el notariado.....	54
Prohibiciones y limitaciones a las que se encuentran sujetos.....	54
FUENTES CITADAS:.....	66

LEGISLACIÓN:

CÓDIGO NOTARIAL

ARTÍCULO 9.- Fondo de garantía.

Créase el Fondo de garantía de los notarios públicos, el cual será administrado por la Dirección Nacional de Notariado mediante uno de los entes autorizados para manejar fondos de capitalización. Se regirá por la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, No. 7523, de 7 de julio de 1995.

Este Fondo constituirá una garantía por los daños y perjuicios que los notarios, en el ejercicio de su función, puedan ocasionar a terceros. Cubrirá daños y perjuicios hasta por un máximo de doscientos salarios base, de acuerdo con la definición del artículo 2 de la Ley No. 7337, de 5 de mayo de 1993, y conforme al límite que establezca la Dirección Nacional de Notariado, según las posibilidades económicas del Fondo.

Es obligación de todos los notarios cotizar para el Fondo de garantía. El monto máximo anual de cotización será equivalente al salario base mensual definido en el artículo 2 de la Ley No. 7337. Previa estudio actuarial, la Dirección determinará dentro de ese máximo la cuota mensual de cotización.

Cuando el notario cese en sus funciones, podrá retirar lo aportado al Fondo, de conformidad con la Ley No. 7523.

Cuando un notario incurra en responsabilidad civil, no podrá volver a ejercer hasta que cubra el monto pagado por la dirección.

Fondo de garantía

[Dirección Nacional de Notariado]¹

El Fondo de Garantía Notarial tiene como propósito cubrir los daños y perjuicios ocasionados por los notarios en el ejercicio de la función notarial. Además, en el largo plazo si el notario no tiene ningún reclamo, puede retirar lo aportado más los intereses ganados (al cese de la función)

El monto anual a cubrir corresponde al salario mínimo de un oficinista, que se determinó en ochenta y cuatro mil doscientos colones anuales, para una cotización mensual de siete mil dieciséis colones. Estas aportaciones obligatorias para los notarios activos, deben hacerse en cualquier sucursal del Banco Nacional o en las oficinas de BN Vital, en la cuenta 209112-2. Para cualquier consulta a la operadora, puede comunicarse a los teléfonos 212-0900 y 212-0902.

El aporte deberán hacerlo todos los notarios que se encuentren activos, además de los notarios consulares y del Estado que ejerzan esas funciones.

Este fondo en administrado por la Dirección Nacional de Notariado.

La cotización obligatoria al fondo de Garantía Notarial, respecto al cual la propia Sala Constitucional , se refirió en el voto 2000-986 del veintiocho de enero de dos mil, indica que el no contar con la garantía para ejercer funciones, constituye de conformidad con el artículo 4, del Código Notarial, un impedimento para ser notario público, razón por la cual no es posible permitir que un notario que no cumple con los requisitos legales discriminaciones en perjuicio de aquellos que si

satisfacen los requisitos de las manifestaciones extraprotocolares expresadas por las partes y demás interesados en el acto o contrato de que se trate (artículos 35, 38 del Código Notarial). Esta disposición es conforme al artículo 9 del Código Notarial y la directriz No. 96-98 y No. 4-99.

En el Boletín Judicial 170 del cinco de junio del dos mil uno, se publicó el Reglamento del Fondo de Garantía de los Notarios, (Directriz 002-01).

El Informe de pago de las cuotas del Fondo de Garantía Notarial remitido por la operadora de pensiones BN Vital, está a disposición en Hoja de excel, el cual será actualizado mensualmente de acuerdo a la fecha de corte por dicha entidad, con el fin de que los notarios indaguen sobre el total de cotizaciones reportadas.

DIRECTRIZ N° 2002-001

DIRECCION NACIONAL DE NOTARIADO.- A las siete horas treinta y tres minutos del diecisiete de abril de dos mil dos.-

RESULTANDO:

1.- *Que la Dirección Nacional de Notariado tiene como finalidad la vigilancia y control de toda la actividad notarial en el territorio nacional.-*

2.- *Que el Código Notarial reservó en esta Dirección la potestad reglamentaria en aspectos propios de la función notarial, y el artículo 24, incisos d) y m), de ese cuerpo legal, le atribuye competencia para emitir lineamientos de acatamiento*

obligatorio, para que los notarios presten sus servicios a los usuarios en forma eficiente y segura, por cuyo cumplimiento deberán velar las oficinas públicas encargadas de recibir y tramitar los documentos notariales y resolver las gestiones o cuestiones planteadas respecto de la actividad notarial.-

3.- Con base en lo anteriormente dicho, esta Dirección emitió la Directriz 002-2001, de las trece horas treinta y tres minutos del dos de mayo de dos mil uno, que es "Reglamento de Administración del Fondo de Garantía de los Notarios Públicos" y;

CONSIDERANDO:

I.-La Directriz 002-2001, de las trece horas treinta y tres minutos del dos de mayo de dos mil uno, que es "Reglamento de Administración del Fondo de Garantía de los Notarios Públicos", en su artículo 14, dispuso:

"PLAZO PARA LA DEVOLUCION DE CUOTAS: Atendiendo a que el Fondo de Garantía de los Notarios Públicos, fue concebido como un fondo de capitalización, la finalidad para la cual fue creado y tomando en cuenta que para regir el mismo, el espíritu del legislador desde la promulgación del Código Notarial, fue remitir a la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, No. 7523, del 7 de julio de 1995, estableciéndose en el artículo 24 de esa ley, la posibilidad del cotizante, de retirar los fondos anticipadamente, únicamente después de cumplir con el quinto año de ingreso al régimen; esta Dirección establece que la devolución de las cotizaciones al Fondo de Garantía de los Notarios Públicos, será procedente únicamente cuando hayan transcurrido cinco años desde el ingreso del notario a la fecha de la solicitud; a excepción de los notarios fallecidos y de los consulares, por las características especiales que rigen cada caso."

Tal y como se desprende de la lectura de la anterior disposición reglamentaria, en aplicación de la Ley 7523, se fijó en cinco años el plazo mínimo para disponer devoluciones de cuotas; sin embargo, el marco jurídico existente al momento de la emisión de ese pronunciamiento ha variado con ocasión de la derogatoria del artículo 24 anteriormente citado, junto con otras normas de la ley 7523, establecida por la ley número 7983 "Ley de Protección al Trabajador", la cual determina las siguientes condiciones para la devolución de dineros:

"Artículo 21.- Condiciones para acceder a los beneficios del Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias. Las prestaciones derivadas del Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias se disfrutarán de acuerdo con los contratos, pero no antes de que el beneficiario cumpla cincuenta y siete años de edad, excepto en caso de invalidez o enfermedad terminal, calificado por la CCSS o en caso de muerte..."

"Artículo 73.- Devolución de incentivos por retiro anticipado. El afiliado al Régimen Voluntario que no se encuentre en ninguna de las situaciones descritas en el artículo 21 de la presente ley, podrá realizar un retiro anticipado, total o parcial, de los recursos acumulados en su cuenta de ahorro voluntario. Para retirar deberá haber cotizado durante al menos sesenta y seis meses y también deberá cancelar al Estado los beneficios fiscales creados por esta ley.

Para calcular el porcentaje por devolver, el afiliado deberá cumplir con ambos requisitos de edad y en las cotizaciones mínimas, de conformidad con la siguiente tabla 1. De cumplir sólo uno de los requisitos, se utilizará el requisito en el cual el porcentaje de devolución sea el más alto ..."

II.-Como se nota, la ley 7983, "Ley de Protección al Trabajador",

establece entonces plazos más largos que los contenidos en la ley 7523, que fijaba en cinco años el mínimo de tiempo para poder optar por el retiro de dinero, siendo que, en el lapso más corto, la 7983, indica sesenta y seis meses de cotización, o sea un mínimo de cinco años seis meses, y haciendo remisión a una tabla de porcentajes, fijados según la edad del afiliado y el número mínimo de cotizaciones. Este elenco de normas, presentó, una alternativa a seguir, entre la ley 7523 y 7983, que ofrecen distintas soluciones. Ante esta situación, esta Dirección formuló consulta ante la Superintendencia de Pensiones, mediante oficio número 916-DNN-2000, del veinticinco de octubre de dos mil, el cual, en lo que interesa, indica:

"Hemos recibido diversas solicitudes de cese de funciones por parte de notarios activos, quienes además solicitan la devolución de las cuotas aportadas (una o más). (...) Por todo lo anterior y a fin de definir las políticas en materia de devolución de cuotas, esta Dirección requiere de un pronunciamiento por parte de la Superintendencia de Pensiones, que nos indique el procedimiento a seguir en cada caso y la viabilidad legal de acceder a las solicitudes de devolución de dinero, antes de que se cumplan los cinco años."

Tal consulta fue respondida mediante oficio SP-1124 de veinte de agosto de dos mil uno, por el licenciado Olivier Castro Perez, Superintendente Pensiones, así:

"Para los efectos correspondientes, se remite el oficio oj-107-2001 de la Procuraduría General de la República, relacionado con el retiro de las cuotas aportadas al Fondo de Garantía de los Notarios Públicos por cese de funciones o deceso del Notario.

Con este oficio, se evacua la consulta formulada en la nota 916-DNN del 25 de octubre del 2000.

Para efecto del retiro de cuotas, se establece en el documento de marras:

...“el marco normativo a seguir para retiros anticipados del fondo de garantía de los notarios públicos, es el previsto en el numeral 73 de la Ley No. 7983, Ley de Protección al Trabajador; esto es, deberá de haberse cotizado un mínimo de 5 años 6 meses, cumplido el cual el Notario Público estará en posibilidades de retirar lo aportado al fondo hasta ese momento”.

En la mencionada opinión jurídica OJ-107-2001, la Procuraduría General de la República, además de lo indicado en párrafo anterior, concluye que:

“Se advierte que tomando en consideración la naturaleza jurídica del fondo de garantía, tal plazo lo será con independencia de la edad del afiliado, toda vez que la intención del legislador fue remitir la regulación de esta materia (fondo de garantía de los notarios), a aquella normativa que le resultaba de aplicación similar y que fuera, además, compatible, sin que ello significara que se le debía aplicar todas y cada una de aquellas condiciones exigidas al régimen de pensiones complementarias propiamente dicho.

Tratándose del denominado Fondo de Pensiones Complementarias, el que se brinda como un servicio adicional por parte de la operadora de Pensiones al notario público, y está conformado por las cuotas que paguen los notarios activos o no activos y que firmen voluntariamente el contrato respectivo, por tratarse en la especie de un régimen netamente voluntario de pensiones complementarias, distinto y separado al fondo de garantía propiamente dicho, evidentemente en estos casos sí se le deben de aplicar todas y cada una de las exigencias y requisitos de números de cotizaciones o años mínimos y edad, que impone el numeral 73 de la Ley 7983 antes referida. (...)”

III.-Con vista en las consideraciones emitidas por la Procuraduría General de la República, en el documento número OJ-107-2001, esta Dirección estima que el "Reglamento para la Administración del Fondo de Garantía de los Notarios Públicos", debe ajustarse al criterio externado por la Superintendencia de Pensiones, en el sentido de que para la procedencia de un reclamo por devolución de cuotas aportadas al Fondo de Garantía de los Notarios Públicos, deberá el gestionante haber cotizado un mínimo de cinco años seis meses, según lo previsto por el artículo 73 de la Ley número 7983, "Ley de Protección al Trabajador", y bajo esta premisa ha de resolverse la pretensión formulada en autos.

POR TANTO:

Se modifica el artículo 14 del "Reglamento para la Administración del Fondo de Garantía de los Notarios Públicos, para que se lea así: "PLAZO PARA LA DEVOLUCION DE CUOTAS: Para la devolución de cuotas del Fondo de Garantía de los Notarios Públicos, se estará a lo dispuesto en el numeral 73 de la Ley No. 7983, Ley de Protección al Trabajador; esto es, deberá de haberse cotizado un mínimo de cinco años seis meses, cumplido lo cual el Notario Público estará en posibilidades de retirar lo aportado al fondo hasta ese momento, siempre que cumpla con los demás requisitos establecidos en este reglamento y la legislación aplicable."

Licda. Alicia Bogarín Parra
Directora

Directriz 001-2002 (Modificación al artículo 14 del Reglamento de Administración del Fondo de Garantía de los Notarios Públicos. Fijación en un plazo mínimo de cinco años seis meses de cotizaciones, para poder devolver dineros aportados al Fondo de Garantía de los Notarios Públicos)

DICTAMEN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

OJ-107-2001

10 de agosto del 2001

Licenciado

Olivier Castro P.

Superintendente

Superintendencia de Pensiones

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Procurador General Adjunto, nos referimos a su oficio No. SP-444-2001 de fecha 3 de abril del 2001, por el cual solicita el criterio técnico jurídico de la Procuraduría General en relación con el siguiente aspecto:

"Por su digno medio me permito formular ante ese Despacho la presente consulta en relación al Fondo de Garantía de los Notarios Públicos, cuya finalidad es garantizar los daños y perjuicios que los notarios, en el ejercicio de su función, puedan ocasionar a terceros. Dicho Fondo es administrado por la Dirección Nacional de Notariado, de conformidad con lo establecido en la Ley No. 7523, del Régimen Privado de Pensiones Complementarias.

El origen de la consulta se da al establecer en que momento pueden los Notarios Públicos retirar los aportes acumulados al Fondo de Garantía creado mediante el artículo 9 de la Ley No. 7764 de fecha 22 de mayo de 1998".

Para lo anterior adjunta a su gestión el criterio técnico jurídico de la División Jurídica de la Superintendencia de Pensiones, según Oficio No. SP-446-2001 de 3 de abril de 2001, suscrito por la Licda. Ana Matilde Rojas, funcionaria de dicha división, en el que, después del análisis de rigor, se llega a las siguientes consideraciones puntuales:

"En cuanto a la devolución de los aportes acumulados, por cada uno de los notarios, incluidos los notarios consulares, como ya lo indicamos arriba, no podrá retirarse antes del vencimiento de los cinco años estipulados en el contrato respectivo, y de conformidad a lo establecido en la Ley 7523. Sin embargo, con la promulgación de la Ley de Protección al Trabajador quedaron derogadas todas las disposiciones contempladas en los artículos del 2 al 32 de la Ley No. 7523, Régimen Privado de Pensiones Complementarias y Reformas de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y del Código de Comercio.

En vista de tal derogatoria aplicamos en toda su extensión la Ley de Protección al Trabajador y como ya señalamos anteriormente en cuanto a retiros de fondos acumulados en el régimen voluntario de pensiones se establece que solo se podrá retirar hasta que se cumplan con los 57 años de edad por lo que pareciera que en cuanto al retiro de los aportes realizados al Fondo de Garantía de los Notarios, estos no podrán ser retirados sino cuando se cumplan los presupuestos de hecho señalados en la LPT.

Es importante a nuestro juicio también tomar en consideración que si bien es cierto, lo que estableció el Código Notarial fue la creación de un Fondo de Garantía para cubrir los posibles daños y perjuicios en los que pudieran incurrir los Notarios en el ejercicio

de su función, ese sería el fin primero para lo cual fue creado ese fondo, sin embargo, también lo es el hecho de la misma norma supedita su regulación a la Ley 7523, (Ley que el Régimen privado de Pensiones Complementarias) cuya finalidad lo fue autorizar y regular la creación de sistemas o planes de pensiones complementarias destinadas a brindar los beneficios de protección complementaria ante los riesgos de las vejez y la muerte, entre otras, pareciera que la intención del legislador fue como primer fin el cubrir daños y perjuicios y podríamos decir que de no utilizarse dichos recursos para el fin que fue creado, buscamos el objetivo de la ley en este caso de formas una previsión para la vejez o ancianidad si fuera del caso".

Antes de dar debida respuesta a su solicitud, esta Procuraduría Fiscal consideró pertinente conferir audiencia a la Dirección Nacional de Notariado, con la finalidad de contar con más y mejores elementos de juicio al momento de rendir la presente opinión jurídica solicitada, la cual, por su misma naturaleza jurídica, no tiene el efecto de ser vinculante por las razones que de seguido se detallarán.

Si bien es cierto la Procuraduría General de la República es, conforme lo puntualiza el numeral primero de nuestra Ley Orgánica No. 6815 de 27 de setiembre de 1982 y sus reformas, "el órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública", y, además, "los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General constituyen jurisprudencia administrativa, y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública", para lo cual "los órganos de la Administración Pública, por medio de los jefes de los diferentes niveles administrativos, podrán consultar el criterio técnico-jurídico de la Procuraduría" (artículo 4°), nuestra misma Ley Orgánica prevé en su numeral 5° que "no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, no son consultables los asuntos propios de los órganos administrativos

que posean una jurisdicción especial establecida por ley".

En este sentido debe considerarse que el Código Notarial, artículo 24 inciso d), le ha conferido a la Dirección Nacional de Notariado como parte de sus atribuciones legales, el "emitir lineamientos de acatamiento obligatorio, para que los notarios presten servicios a los usuarios en forma eficiente y segura", agregando seguidamente que "las oficinas públicas encargadas de recibir y tramitar los documentos notariales velarán por el cumplimiento de esta disposición".

Siendo consecuente con lo anterior, el numeral 140 del mismo Código Notarial dispone que le "corresponde a 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...". Véase a modo de ejemplo lo señalado en el numeral 143 inciso b) cuando regula que "se impondrá a los notarios una suspensión hasta por un mes de acuerdo con la importancia y gravedad de la falta, cuando: (...) b) No acaten los lineamientos, las directrices ni las exigencias de la Dirección o de cualquier otra autoridad competente para emitirlos".

Ante ello, esta Procuraduría Fiscal consideró pertinente remitir el oficio del suscrito No. ADPb-207-2001 de 19 de abril del 2001, dirigido a la Licda Alicia Bogarín Parra, Directora de la Dirección Nacional de Notariado, con el fin de que se pronunciara sobre el particular y teniendo presente las atribuciones legales que el legislador le ha conferido, siendo contestada la audiencia mediante resolución No. 00507-201 de las 13:33 hrs. del 16 de mayo del dos mil uno, dictada por la señora Directora Licda. Bogarín Parra y en la que se expone el criterio legal sobre el tema a

tratar, que en lo conducente señala o concluye lo siguiente, una vez realizado el análisis normativo pertinente:

"Como se nota, la ley 7983 "ley de Protección al Trabajador", establece plazos más largos que los contenidos en la ley 7523, que fijaba en cinco años el mínimo de tiempo para poder optar por el retiro de dinero, siendo que, en el lapso más corto, la 7983, indica sesenta y seis meses de cotización, o sea un mínimo de cinco años cinco meses, y haciendo remisión a una tabla de porcentajes, fijados según la edad del afiliado y el número mínimo de cotizaciones.

Siendo que la intención del legislador, fue remitir a la ley 7523, o sea, el plazo de cinco años allí indicado, y habiéndose derogado esta norma, por otras que establecen plazos más amplios, en atención al principio de aplicación de la norma más favorable y atendiendo al principio de la ley 7764, lo apropiado es tomar como punto de partida para la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de los Notarios Públicos, el plazo indicado en la ley 7523, aún y cuando ésta haya sido derogada, sobre todo tomando en cuenta lo establecido por el artículo 10 de la Ley General de Administración Pública..."

De ahí que se emite la presente Opinión Jurídica, la cual no tiene el efecto de ser vinculante por las atribuciones propias que el legislador le ha conferido en este tipo de temas o jurisdicción a la Dirección Nacional de Notariado, órgano que resulta el competente para el dictado de lineamientos o directrices, de carácter obligatorio, para que los notarios públicos presten sus servicios profesionales a los usuarios en forma eficiente y segura; por lo que igualmente se hace notar que el presente

análisis técnico jurídico se realiza sin perjuicio de lo que finalmente disponga sobre el particular dicha Dirección Nacional de Notariado, en el ejercicio de sus atribuciones legales antes descritas.

I.- MARCO NORMATIVO APLICABLE

De conformidad con el numeral 9° del Código Notarial, Ley 7764 de 17 de abril de 1998, el Fondo de Garantía de los notarios públicos responde por los daños y perjuicios que dichos profesionales, en el ejercicio de su función notarial, ocasionen a un tercero, fondo que es administrado por la Dirección Nacional de Notariado a través de alguno de los entes autorizados para manejar fondos de capitalización, por lo que se regirá por la Ley No. 7523 de 7 de julio de 1995:

"ARTÍCULO 9.-

Fondo de garantía

Créase el Fondo de garantía de los notarios públicos, el cual será administrado por la Dirección Nacional de Notariado mediante uno de los entes autorizados para manejar fondos de capitalización. Se regirá por la

Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, No. 7523, de 7 de julio de 1995.

Este Fondo constituirá una garantía por los daños y perjuicios que los notarios, en el ejercicio de su función, puedan ocasionar a terceros. Cubrirá daños y perjuicios hasta por un máximo de doscientos salarios base, de acuerdo con la definición del artículo 2 de la Ley No. 7337, de 5 de mayo de 1993, y conforme al límite que establezca la Dirección Nacional de Notariado, según las posibilidades económicas del Fondo.

Es obligación de todos los notarios cotizar para el Fondo de garantía. El monto máximo anual de cotización será equivalente al salario base mensual definido en el artículo 2 de la Ley No. 7337. Previo estudio actuarial, la Dirección determinará dentro de ese máximo la cuota mensual de cotización.

Cuando el notario cese en sus funciones, podrá retirar lo aportado al Fondo, de conformidad con la Ley No. 7523.

Cuando un notario incurra en responsabilidad civil, no podrá volver a ejercer hasta que cubra el monto pagado por la dirección"

En el mismo sentido se pronuncian los numerales 16, 151 y 162 del Código Notarial, en los que se reitera el objetivo o finalidad que persigue dicho fondo de garantía de los notarios, a saber: servir de fondo para garantizar el resarcimiento a favor de los terceros afectados, ante el ejercicio de la función notarial:

"ARTÍCULO 16.-

Responsabilidad Civil

La indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la actuación del notario público a los otorgantes, partes o terceros, será cubierta una vez que lo establezca una resolución judicial firme, dictada en la jurisdicción común o la vía disciplinaria. Para indemnizar, se hará efectiva la garantía rendida, sin perjuicio de la responsabilidad personal

del notario por cualquier saldo en descubierto."

"ARTÍCULO 151.-

Pretensión resarcitoria

Quienes se consideren perjudicados por la actuación del notario podrán reclamar, dentro del procedimiento disciplinario, los daños y perjuicios que se les hayan causado y hacer efectivo su derecho sobre la garantía rendida.

De producirse un arreglo en cuanto a la indemnización que corresponda al accionante, se entenderá por producido tal arreglo y que el actor renuncia a cualquier otra reclamación en vía jurisdiccional-civil."

"ARTÍCULO 162.-

Ejecución de la garantía. Si hubiere recaído sentencia condenatoria, previa liquidación en caso necesario, se procederá a ejecutar la garantía que ampare la responsabilidad del notario e indemnizar al perjudicado."

Ahora bien, según el artículo 9º supra citado, lo concerniente a dicho fondo de garantía se deberá regir por la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, Ley No. 7523 del 7 de julio de 1995; lo que significa que en lo referente al tema de la consulta planteada, es dicha normativa la que deberá utilizarse para clarificar o tener presente las circunstancias y condiciones que se exigen para ser viable o procedente el disponer de los recursos aportados al fondo por parte de los notarios públicos, y de esta forma retirar dichos recursos de manera anticipada.

Al efecto, es conveniente indicar que originalmente los artículos 23 y 24 de la Ley No. 7523 antes citada (los cuales fueron derogados por la Ley No. 7983 de 16 de febrero del 2000, Ley de Protección al Trabajador), establecían las condiciones que debían cumplirse para llevar a cabo dicho retiro, en particular el artículo 24 que exigía un plazo mínimo de 5 años para el caso de

retiros anticipados:

"ARTÍCULO 23.-

Disposición de recursos. Los planes de pensión se sujetarán a los requerimientos de edad y cotización que establezcan, libremente, el afiliado, la operadora y, en su caso, el cotizante. Cumplidos los requisitos pactados, el afiliado podrá disponer de los recursos acumulados en su cuenta individual, de acuerdo con alguna de las siguientes formas, sin que por ello deba cancelar alguna comisión: a) retiro total. B) retiro parcial, con derecho de mantener su cotización mensual y c) compra de pensión vitalicia, aportando lo acumulado total o parcialmente.

(...)."

"ARTÍCULO 24.-

Retiros anticipados. El afiliado podrá retirar sus fondos anticipadamente solo después de cumplir el quinto año de ingreso al régimen. La operadora girará al afiliado el monto acumulado en su cuenta individual, incluida la respectiva capitalización, conforme a los rendimientos financieros del fondo. En este caso la operadora podrá aplicar un porcentaje fijado por el ente regulador, que no podrá exceder de un seis por ciento (6%), para compensar sus gastos administrativos. Asimismo. La operadora deberá trasladar al Estado las sumas correspondientes de los impuestos que no haya pagado el afiliado, para lo cual se establecerá una tasa fija del seis por ciento (6%).

No corresponderá aplicar el descuento, como tampoco el reintegro de los impuestos, cuando se compruebe

fehacientemente que el retiro es para destinar los fondos a la pensión para lo cual se constituyó el ahorro. Lo señalado en este párrafo se aplicará de igual manera a lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley"

Tal y como se advirtió anteriormente, conforme con el artículo 90 de la Ley No. 7983, Ley de Protección al Trabajador, los ordinales 23 y 24 aquí transcritos de la Ley No. 7523 fueron derogados por dicha ley en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 90.-

Derogaciones:

a) Los artículos del 2 al 32 del artículo 1 de la Ley No. 7523, Régimen Privado de Pensiones Complementarias y Reformas de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y del Código de Comercio.

b) ..."

Siendo que la Ley No. 7983 Ley de Protección al Trabajador, es la que establece la normativa vigente relacionada con el actual Régimen de Pensiones Complementarias (tanto de carácter obligatorio como voluntario), resulta de obligado criterio el afirmar que es la que se debe utilizar como normativa habilitante, para tener presente y cumplir con la serie de condiciones que se exigen sobre este tema, sea en la especie: a partir de qué momento y bajo cuáles condiciones es que los notarios públicos pueden retirar anticipadamente los recursos aportados al fondo de garantía de dichos profesionales. Para tal efecto téngase presente los siguientes artículos de la Ley No. 7983:

"ARTÍCULO 21.-

Condiciones para acceder a los beneficios del Régimen

Voluntario de Pensiones Complementaria. Las

prestaciones derivadas del Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias se disfrutarán de acuerdo con los contratos, pero no antes de que el beneficiario cumpla cincuenta y siete años de edad, excepto en caso de invalidez o enfermedad terminal, calificado por la CCSS o en caso de muerte.

En el caso de las cuentas referidas en el artículo 18 de la presente ley se regirán por los contratos, pero no antes de transcurrido un año excepto los contratos colectivos o corporativos, en cuyo caso podrán devolverse los recursos cuando exista un rompimiento de la relación laboral o gremial."

"ARTÍCULO 73.-

*Devolución de incentivos por retiro anticipado. El afiliado al Régimen Voluntario que no se encuentre en ninguna de las situaciones descritas en el artículo 21 de la presente ley, **podrá realizar un retiro anticipado, total o parcial, de los recursos acumulados en su cuenta de ahorro voluntario. Para retirar deberá haber cotizado durante al menos sesenta y seis meses** y también deberá cancelar al Estado los beneficios fiscales creados por esta ley.*

Para calcular el porcentaje por devolver, el afiliado deberá cumplir con ambos requisitos de edad y en las cotizaciones mínimas, de conformidad con la siguiente tabla 1. De cumplir solo uno de los requisitos, se utilizará el requisito en el cual el porcentaje de devolución sea el más alto.

El afiliado, la operadora y la Dirección General de Tributación brindarán a la Superintendencia la información necesaria para calcular el monto de los

beneficios finales que le corresponderá recibir al afiliado. La Superintendencia será la responsable de llevar el registro, informar a la operadora el monto que deberá deducir de la cuenta del afiliado y trasladar a la Dirección General de Tributación, así como a las entidades

receptoras de las cargas sobre la planilla (...)."

(lo resaltado y subrayado no es del original)

De previo a afirmar la serie de condiciones o requisitos que deberán reunirse o cumplirse con el objetivo de verificar los retiros anticipados de los recursos aportados al fondo de garantía de los notarios públicos, sea éste parcial o total, y teniendo presente además las consecuencias legales que ello acarrearía al profesional que lo lleve a cabo, es dable analizar previamente la misma naturaleza jurídica de este fondo de garantía, su objetivo o finalidad, y su diferenciación con los fondos de pensiones complementarias.

**II.- NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO DE GARANTÍA NOTARIAL
Y DE LOS FONDOS DE PENSIÓN COMPLEMENTARIA: CONDICIONES
PARA EL RETIRO ANTICIPADO DE LOS RECURSOS DEL FONDO DE
GARANTÍA**

A efectos de resolver la presente consulta, resulta fundamental referirse al tema de la naturaleza jurídica, tanto del Fondo de Garantía de los Notarios Públicos, así como a la de los fondos propiamente de Pensiones Complementarias.

Según mencionamos líneas atrás y de conformidad con lo dispuesto en el Código Notarial (artículos 9, 16, 151, 162), el Fondo de Garantía de los notarios públicos que nos ocupa se crea como fondo de garantía de tipo indemnizatorio, ante los posibles daños y perjuicios que se pudieran causar a terceros, en el ejercicio de la función notarial.

El artículo primero del Código Notarial nos define el notariado

público como aquella función pública ejercida privadamente, mediante la cual el profesional o funcionario habilitado para ello "asesora a las personas sobre la correcta formación legal de su voluntad en los actos o contratos jurídicos y da fe de la existencia de los hechos que ocurran ante él".

De ahí que el notario público, conforme lo dispone el artículo segundo siguiente de dicho Código Notarial, es "el profesional en derecho especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial".

Sobre este mismo particular la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha advertido en varios de sus fallos los alcances de la función notarial, en particular en el Voto No. 444-2000 de las 16:51 hrs del 12 de enero del 2000, que en lo que nos interesa indicó:

I.- DE LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL. En relación con la función notarial deben resaltarse dos puntos fundamentales que ha señalado la jurisprudencia constitucional: primero, que ha sido concebida como el "ejercicio privado de una función pública", en razón de que los notarios tienen fe pública, para lo cual se exige que sean objetivos y neutrales en la labor que desempeñan; lo que está en consonancia con la definición que de notariado público da el artículo 1º del Código Notarial "El notariado público es la función pública ejercida privadamente. Por medio de ella, el funcionario habilitado asesora a personas sobre la correcta formación legal de su voluntad en los actos o contratos jurídicos y da fe de la existencia de los hechos que ocurran ante él"; y segundo, la imposibilidad ética y material que implica su ejercicio para los funcionarios públicos, por el inevitable conflicto de intereses que se suscita en estas situaciones, en el que priva el deseo e interés superior de proteger la función pública; como se

consideró en la sentencia número 00649-93, de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del nueve de febrero de mil novecientos noventa y tres (...):

(...) En este sentido, bien puede afirmarse que el requisito de la imparcialidad de la actuación del notario público es esencial a la función pública que ejerce, y constituye el bastión de la misma, junto con el principio de solicitud de la parte interesada, sin sujeción al horario, la oficina abierta y el secreto profesional. Se trata de dotar de cierta independencia a la función que realiza, en tanto le corresponde asesorar a las personas sobre la correcta formación de su voluntad de conformidad con el ordenamiento jurídico, motivo por el cual se exige una gran dosis de moralidad, ya que de alguna manera, su intervención se asemeja a la de un verdadero juez que asegura una valoración adecuada entre las voluntades en aplicación de la ley. La imparcialidad constituye un deber del fedatario público, como actitud responsable y permanente para con la función pública por parte del sujeto material, que por encima de todo, está obligado a velar porque exista una ponderación adecuada en su asesoramiento, para salvaguardar siempre la fe pública para la que ha sido habilitado legalmente, como fin primordial en la prestación del servicio. Por último, la disponibilidad es el último elemento esencial del notario público, para que pueda realizar todos los estudios registrales y diligencias que se le encomienden, asuntos en los que es requerida su presencia (...).

Por lo anterior, es que el legislador de la época consideró necesario el establecer un fondo de garantía para este tipo particular de profesional, fondo que permitiera cubrir posibles indemnizaciones ante eventuales daños y perjuicios causados a terceros en el ejercicio de la actividad notarial.

Dicho fondo de garantía, como se desprende de los numerales antes transcritos del Código Notarial, tiene un carácter eminentemente obligatorio; tan es así que constituye una causal de impedimento para ser notarios públicos el no estar al día en el pago de las cuotas del Fondo de garantía, conforme lo señala el artículo 4 inciso g) del Código Notarial. Además, la actuación notarial llevada a cabo con violación a estas condiciones, da lugar a la suspensión del notario público de hasta por un mes, por parte de la Dirección Nacional de Notariado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 143 inciso a) del mismo cuerpo legal.

Se trata entonces de un sistema de garantía constituido mediante la conformación de un fondo, que es administrado bajo la modalidad de fondo de capitalización, por estar formado con el aporte mensual obligatorio de los notarios públicos, y utilizando para ello un marco procedimental y normativo ya existente que se ajusta a su objeto o finalidad en sí, como es el previsto por la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, No. 7523 de 7 de julio de 1995 y sus reformas, lo cual no significa, como se explicará posteriormente, que por ello deba interpretarse que se trata de un fondo de pensión complementaria o de mutualidad obligatorio, tal y como ya lo advirtió y sostuvo en su oportunidad la Procuraduría General de la República ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, actuando en ocasión en su condición de órgano asesor imparcial de la misma, mediante el informe requerido dentro de la acción de inconstitucionalidad No. **99-005921-007-CO-M, de Jorge Fischer Aragón contra los artículos 9 y 143 inciso a) del Código Notarial.**

Por ello resulta oportuno reiterar que si bien al inicio de las discusiones que se dieron en la Comisión Legislativa de Asuntos Jurídicos, al momento de analizar el fondo de garantía de los notarios públicos, se tuvo la idea inicial de que podría tratarse de un fondo de pensión o de mutualidad, igual es válido aclarar que al final de su análisis legislativo, la norma legal fue redactada e inspirada bajo la premisa de que su finalidad o

objetivo lo sería la de servir como fondo conformado con el aporte de los notarios, para afrontar posibles indemnizaciones por daños y perjuicios que se le ocasionaran a terceros, en el ejercicio de la profesión de notariado; y que solo si al final del ejercicio de la profesión de notariado, el notario público no había generado ese tipo de responsabilidad frente a terceros, sea, no tuvo que afrontar indemnizaciones por daños y perjuicios, o habiéndolo afrontado le quedara un saldo a su favor, dicho profesional tuviese la posibilidad de retirar el monto aportado o su saldo, y un porcentaje adicional por los réditos acumulados a lo largo del tiempo por estar administrado bajo la estructura de fondo de capitalización, pero precisamente por no haberlos utilizado total o parcialmente para ese propósito legalmente establecido.

Sobre este tema resultan oportunas las siguientes intervenciones legislativas que se desprenden del expediente No. 10.102 de la Comisión Legislativa de Asuntos Jurídicos:

"LIC. JAIME WEISLEDER:

Veamos cuál es el objetivo de establecer esta póliza, es proteger al cliente, al usuario, pero nos damos cuenta de que el principal enemigo de este sistema es el mismo notario, porque los notarios cada día son más malos. Es más, hasta se puede montar un negocio cual es hacer mal las escrituras para que haya demandas, recuperar los cinco millones y al notario, ¿qué le va a pasar? Si yo lo hago diez veces, ¿me pueden suspender del ejercicio del notariado? Yo sigo pagando la póliza y está. Se puede convertir... , lo suspenden ¿de qué? (sic)"

"LIC. MARCO A. JIMÉNEZ:

(...) Creo que parte de la forma en que la gente debe de responsabilizarle, los que actúan como notarios, es dando una buena garantía a la ciudadanía por sus actuaciones el sistema que se está proponiendo me parece que es aceptable en el sentido de que es un ahorro en el fondo

que está creándose a favor del notario. En el momento que deje de ser notario podrá retirar su ahorro y podrá retirarse como si fuera una pensión complementaria; porque entiendo que así es (...)

Los notarios como notarios... bueno como abogados es muy pequeño pero como notarios nada tenemos de seguridad social, aquí por lo menos hay un principio ya de irse creando una caja de seguridad social para un notario.

En países como Argentina y Uruguay da gusto ver lo que son las cajas de seguridad social de los notarios y esto es una manera de obligar al notario para que en su vejez no sean personas que estén pasando las dificultades económicas que sabemos que pasan un montón que se ven en el registro Público haciendo estudios y tratando de hacer escrituras. Yo lo dije desde un principio no sé si fue a usted o a don Luis Gerardo es muy interesante y es una manera de ir creando una caja de seguridad social para los notarios. Desde ese punto de vista debemos de estudiarlo y no ver que es una carga sino un ahorro".

"EL COORDINADOR:

(...) Es decir, qué protección le estamos dando civilmente, porque esta bien lo pueden suspender al notario y lo que me hicieron a mi, tenemos que verlo también del otro lado. Aquí desgraciadamente somos un gremio no podemos ver el caso individual de cada uno y como gremio el Estado tiene que imponerle restricciones, requisitos y además ver como saca una indemnización para que no siga ocurriendo lo bueno del Código Notarial que eran un montón de cosas ahora son mucho más, pero entre las cosas era esto, que íbamos a tener una garantía real, no los 50 mil colones que el Instituto Nacional de Seguros da ahora que no sirven para nada, esa póliza debe de ser muy mala porque nadie la hecho efectiva, esto se

convierte en una notación.

Pensemos en el tercero, el que dice el señor Alvaro Torres no tiene nada que ver y resulta que también están pagando las cuentas de las tortas de este notarios (sic), bueno es un poco lo que sucede con el Estado costarricense. Quiebra el Banco Anglo Costarricense y lo terminamos de pagar todos, porque eso es así es la solidaridad, de algún modo tiene que salir. (...)

Quiero llamar a la razón, porque también tenemos con este Código que garantizarle pecuniariamente al usuario y la única manera es con plata. Decirle que el Estado pago (sic), porque el Estado no puede pagar un cinco, sino los remito a todas las ejecutorias contra los (sic) Estado que ahí están haciendo fila.

Yo estuve en la Comisión Permanente de Hacendarios, llega gente a pararse afuera para ver si le meten aquel rubro que el Ministerio de Hacienda que no le metió de una condenatoria. Alguien tiene que pagar y para mí es el gremio de los notarios, si 20 mil colones es mucho o es poco es una profesión que quíerese o no es voluntaria, si usted no puede pagar esto no se meta, claro que puede ser clasista, es que no es del todo clasista, porque tampoco es pagar un millón de colones por año. Veámolo (sic) un poquito así, no se cuanto pagamos en el Colegio de Abogados, creo que son 12050, voy a confesar que so no lo manejo la secretaría maneja una caja chica que es de ahí donde paga este rubro...son 1500. Entonces, 1500 son 18000 colones al año, estamos hablando que es otra profesión que en realidad los estudiantes dicen que sin el notariado no vivirían, el notariado es fundamental para los nuevos. A lo mejor para algunos es más importante que ser abogado. No exigírseles 18000 colones por año también por favor, si estamos hablando de 10000,

20000 colones, bueno hablemos un poco en estos términos.

Lo que si considero y que es muy importante que esto no es para pagar burocracia, sino que estamos asimilándola a la Ley de Pensiones Complementarias porque creo que es una ley importante que no se ha hecho uso en muchas cosas de eso, pero que nosotros podemos hacer uso. Ahí existen una serie de garantía (sic) de cómo se deben de manejar los fondos, tienen el encaje mínimo, etc., la supervisión de una superintendencia de agentes vendedores de pensiones complementarias, que esto es importante que está adscrita al Banco Central de Costa Rica y que a muy corto plazo si no ya está de moda; porque ya también las pensiones del Estado ya todas van a hacer un mal negocio; porque estamos acostumbrados a cotizar poco y que la pensión sea grande.

Yo quiero llamar la atención en esto porque tampoco nos pongamos con críticas de esas, porque este Código entre las cosas importantes que tiene es la defensa al tercero y esta caso (sic) a la defensa pecuniaria."

"MAGISTRADO ORLANDO AGUIRRE:

En realidad existen dos puntos importantes diría yo, una es la manifestación que hizo don Marco Antonio en el sentido de que el fondo de (sic) subroga y la otra es la preocupación que expresó doña Ana María en el sentido de que los notarios en su mayoría son los que van a tener que sufragar con parte de los fondos que dan, las (sic) errores que cometen otros, un (sic) minoría.

Pienso que en todo esto tiene que existir una cuestión de solidaridad, si el fondo de subroga podría pienso yo no se si será muy duro agregar una disposición en el sentido de que mientras ese notario no reintegre al fondo lo que se ha tenido que pagar no se le renovará su licencia como notario público. Pienso que ese podría ser un camino o

solución a este problema."

"LIC. ENRIQUE VAN BROWNE:

(...) Por otro lado, no deja de ser importante también lo que dijo el señor Gerardo, que es proteger al tercero. Creo que al tercero a quien uno le presta el servicio debe de estar protegido. Si uno realiza una mala labor, una mala *praxis* como notario, ese debe de acudir a alguien, claro también cada uno de los notarios decimos, porque yo tengo que pagar por aquel, ¿por qué se establece en este caso una solidaridad? En realidad yo no la entiendo, no entiendo la solidaridad para responder frente al tercero. Creo que cada notario debería responder frente al tercero, cada notario debería responder personalmente con lo que hace en su profesión teniendo ya sea una póliza complementaria, como dice el Lic. Marco Antonio o lo que sea.

Fuera de todo esto yo todavía creo que puede ser llevadero lo del fondo, porque en realidad uno dice pagarle al Instituto Nacional de Seguros, para que al final se dejen esa plata y no ha sido un notario que no ha actuado correctamente y que no ha tenido nada, entonces ellos se dejan la plata. Me parece que lo del fondo está bien, yo no sé qué fórmula se podría tal vez buscar para que los que se inician en la profesión tengan alguna posibilidad de que no sean únicamente aquellos que tienen los recursos para poder responder y puedan ejercer."

"MAGISTRADO ORLANDO AGUIRRE:

Simplemente, yo hablé de solidaridad y eso es precisamente, por el sistema que se ha escogido, se está escogiendo un sistema de fondo mutual, esos se inspiran precisamente en reglas de solidaridad, por eso es que yo hablé de solidaridad. Este sistema se había pensado en

sustitución de un sistema de seguros, ¿Por qué razón ? Porque pensamos que puede ser muy caro. Simplemente, lo pensamos porque el Instituto Nacional de Seguros no ha podido establecer cual sería la prima en caso, en otro y en otro para poder nosotros aportar una decisión.

Creíamos que esto es menos oneroso que el seguro, por eso es que hablamos de solidaridad, por el sistema que se buscó, podríamos buscar un sistema que no descansen (sic) reglas de este tipo, que cada notario busque su propia póliza y fijarle las reglas del juego, eso sería distinto."

"EL COORDINADOR:

(...) Posteriormente hay una modificación que hicimos a la caución que hoy rinden los notarios. Hoy se limita a una póliza de cincuenta mil colones y creo que subió a cien mil colones. Es de mil colones por año, pero no hemos tenido ni un solo caso de que se haga efectiva, no obstante de que hay múltiples denuncias contra los notarios. Estamos estableciendo un fondo de garantía que el notario pueda pagar, hasta la mitad del salario base de un oficinista y como cuota anual, que eso sirva para hacer un fondo general, son seis mil ochocientos notarios aproximadamente, y que esto pueda responder hasta por diez millones de colones, cuarenta veces el salario mínimo de oficinista, y que esto pueda servir para darle alguna garantía al tercero, para que en caso de que el notario falle, pueda hacerle efectiva la garantía. Este es un aspecto importante para fungir como notario, darle esa seguridad al tercero, para que en caso de un error pueda ser resarcido en forma inmediata porque además, con la queja disciplinaria se puede ejercer la acción civil resarcitoria. Esa es otra cosa interesante: el mismo tribunal que pone la sanción disciplinaria puede decir

que además, el notario está obligado a pagar tanto. (...)
De ahí partimos para una serie de seguridades, por ejemplo, está el fondo de garantía que será administrado como si fuera un fondo de pensiones y cuando el notario se retira tiene derecho a esos aportes. ¿Cuánto es el fondo de garantía? Estamos poniendo una suma automática de dos mil colones por mes, veinticuatro mil colones al año. Este es un fondo que va a permitir pagar indemnizaciones hasta de diez millones de colones aproximadamente.. ¿Para qué? Para que por lo menos el tercero, que es a quien queremos darle seguridad, en caso de que algún notario logre burlar a este tercero, que le sea indemnizado inmediatamente."

De ahí que al final de estas discusiones legislativas se llega a la redacción final del numeral 9 del Código Notarial, el cual resulta del todo claro y expreso en el sentido de que se trata de un fondo de garantía, constituido por los notarios públicos y administrado por la Dirección Nacional de Notariado, pero ello mediante uno de los entes autorizados para manejar fondos de capitalización, y que como tal, se debe recurrir a la disposición legal existente más similar para ese propósito, como lo es la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, No. 7523 del 7 de julio de 1995 y sus reformas.

El legislador es claro en indicar que el fondo de garantía será administrado como fondo de capitalización y por esa circunstancia, debe recurrir a la normativa legal que, para efectos de su manejo procedimental y normativo, le resulta más similar, como lo es la Ley No. 7523 y sus reformas, independientemente al hecho o circunstancia de que la misma haya sido establecida, según su numeral primero, para "autorizar y regular la creación de los sistemas o planes privados de pensiones complementarias y de ahorro individual destinados a brindar a los beneficiarios, protección complementaria ante los riesgos de la vejez y muerte".

Lo anterior resulta del todo congruente y consecuente con el párrafo cuarto del citado numeral 9 del Código Notarial, en el sentido de que "cuando el notario cese en sus funciones, podrá retirar lo aportado al Fondo, de conformidad con la Ley No. 7523".

Más aún, en este mismo sentido téngase presente las siguientes cláusulas del Convenio de Administración de Fondos entre el Fondo de los Notarios Públicos y BN-Vital de fecha 14 de mayo de 1999:

"II.- El referido Fondo ha sido creado a efecto de que cada Notario activo cotice para éste y vaya creándose un patrimonio independiente que sirva de garantía a terceros para afrontar el pago de los daños y perjuicios ocasionados a terceros en el ejercicio de su función, según las limitaciones establecidas por la legislación. También podrán formar parte del Fondo los Notarios no activos que voluntariamente así lo deseen y en las condiciones que en adelante se indican.

III.- El Fondo permitirá que cuando un Notario Público cese definitivamente en sus funciones, pueda retirar lo aportado según la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, sus reformas, el Código Notarial, las disposiciones que al efecto establezca la Dirección Nacional de Notariado, y las disposiciones de la SUPEN; con el rebajo de las sumas que a ese momento adeude.

IV.- BN-Vital, brinda los servicios propios de una Operadora de Planes de Pensiones Complementarias, debidamente autorizada por la Superintendencia de Pensiones (SUPEN).

V.- El servicio se denominará "Fondo de Capitalización Individual BN-VITAL- Fondo de Garantía Notarial", y está sujeto a la regulación, vigilancia y fiscalización de la Superintendencia de Pensiones y de la Dirección Nacional de Notariado del Poder Judicial, según corresponda."

El Convenio es explícito al establecer la finalidad u objeto del fondo de garantía, a saber, que sirva de garantía a terceros para afrontar el pago de daños y perjuicios que se les hayan ocasionado en el ejercicio de su función, lo cual está dentro del concepto mismo dado por el numeral 9 del Código Notarial; con la circunstancia de que si el notario público cesa en sus funciones, tiene la posibilidad de retirar lo aportado según lo dispuesto por la Ley No. 7523 y sus reformas, el mismo Código Notarial, las disposiciones que al efecto disponga la Dirección Nacional de Notariado y la misma Superintendencia de Pensiones SUPEN.

Distinto a lo anterior lo constituye el Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias, conforme con lo establecido en la Ley No. 7523, afectada por la Ley No. 7983, normativa que tiene como objetivo el "autorizar y regular la creación de los sistemas o planes de pensiones complementarias destinadas a brindar los beneficios de protección complementaria ante los riesgos de la vejez y la muerte, así como los planes de capitalización individual destinados a fomentar y estimular la previsión y el ahorro a mediano y largo plazo" (artículo primero de la Ley No. 7523).

En el mismo sentido indica el artículo 14 de la Ley No. 7983 Ley de Protección al Trabajador, al mencionar sobre el régimen voluntario de pensiones complementarias y ahorro voluntario que "los trabajadores afiliados al Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias, en forma individual o por medio de convenios de afiliación colectiva, podrán afiliarse al Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias de conformidad con esta ley. Los patronos podrán acordar con uno o más de sus trabajadores, la realización de aportes periódicos o extraordinarios a las respectivas cuentas para pensión complementaria. Los convenios de aportación deberán celebrarse por escrito y con copia a la Superintendencia".

Y seguidamente agrega dicho artículo 14 de la Ley No. 7983: "Los

aportes voluntarios o extraordinarios se mantendrán registrados a nombre de cada trabajador, en forma separada de los aportes obligatorios, y serán registrados y controlados por medio del Sistema Centralizado de Recaudación o directamente en las ventanillas de las operadoras o de las personas con las que estas celebren convenios para este efecto, siempre que en este último caso, la persona designada cumpla los requisitos que al efecto establezca el Superintendente".

Igualmente se prevé la afiliación al régimen voluntario de pensiones de trabajadores no afiliados al régimen obligatorio de pensiones, según el numeral 15 de la citada Ley No. 7983, en el que se indica que "cualquier persona no afiliada al Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias podrá afiliarse al Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias en forma individual o por medio de convenios de afiliación colectiva, y podrá realizar aportes a la cuenta de ahorro voluntario creada en el artículo 18 de la presente ley".

Retomando lo transcrito, se puede concluir para los propósitos de la presente consulta, que en cuanto al régimen voluntario de pensiones complementarias, el mismo tiene un carácter puramente voluntario, lo que significa que, para nuestro caso en estudio, ningún notario público se encuentra obligado a afiliarse, y menos aún de hacerlo específicamente a este fondo de Pensiones Complementarias, el cual es regido por las directrices que ha emitido sobre el particular la Dirección Nacional de Notariado y siempre bajo la supervisión que ejerza la Superintendencia de Pensiones (véase en este sentido las directrices de la Dirección Nacional de Notariado número 006-98 de las 11:30 horas del 26 de noviembre de 1998, número 003-99 las 8:13 horas del 13 de enero de 1999 y la número 004-99 de las 10:00 horas del 15 de enero de 1999, que adiciona la anterior directriz número 006-98).

Ahora bien, tal y como se menciona por parte de la División Jurídica de la Superintendencia de Pensiones, el fondo de garantía

que nos ocupa aparece dividido en tres: 1) el fondo de garantía propiamente dicho, conformado por las cotizaciones forzosas de los notarios activos, como garantía por los daños y perjuicios que en el ejercicio de su función puedan ocasionar; 2) el fondo de reserva cuya función es garantizar la liquidez necesaria para el pago de dichos daños y perjuicios, el cual se encuentra constituido por la primera cuota del afiliado activo; y 3) el fondo de pensiones complementarias, al que ya hemos hecho referencia, formado por las aportaciones de los notarios activos o inactivos que deseen suscribir el convenio respectivo.

Resulta relevante hacer notar que dentro del Convenio de Administración de Fondos entre el Fondo de los Notarios Públicos y BN-Vital de fecha 14 de mayo de 1999, se encuentra regulada la posibilidad de que los notarios públicos que así lo decidan y resuelvan, puedan a su vez acogerse -de manera voluntaria y no obligatoria- como sí lo es el fondo de garantía propiamente dicho, al régimen de pensión complementaria que brinda el sistema BN-Vital.

Es así como el convenio distingue aquellos tres tipos de fondos a los que hicimos referencia líneas atrás, y que reiteramos así: A) El Fondo de Garantía propiamente dicho, que es el que se constituye en virtud del numeral 9 del Código Notarial y en el que se pretende garantizar aquellos daños y perjuicios que pueda generar un notario a un tercero en el ejercicio de sus funciones. B) El Fondo de Reserva, que estará constituido por la primera cuota del afiliado activo (incluidos los notarios consulares), y que tiene por objeto garantizar suficiente liquidez para el pago de daños y perjuicios declarados por sentencia firme de conformidad con las normas vigentes de los Códigos Notarial y Procesal Civil; y C) El Fondo de Pensiones Complementarias, que estará conformado por las cuotas que paguen los notarios activos o no activos que firmen voluntariamente el contrato respectivo.

Con lo descrito hasta ahora, se puede afirmar entonces que si bien

existe un fondo de pensión complementaria en el Convenio de Administración de Fondos entre el Fondo de los Notarios Públicos y BN-Vital de fecha 14 de mayo de 1999, es igualmente válido el afirmar que dicho fondo de pensión complementario está conceptualizado como un servicio voluntario más dentro del Fondo de Capitalización Individual BN-Vital - Fondo de Garantía Notarial, y el cual tiene, además, esa condición de servicio o régimen puramente "voluntario" y no obligatorio, separado y distinto al fondo que nos interesa, sea, al fondo de garantía de los notarios, el cual sí es de carácter obligatorio y cuya finalidad legal es también distinta.

Lo relevante en este caso es destacar que en el citado convenio se tuvo especial cuidado en diferenciar ambos tipos de Fondos y que la "afiliación" al Fondo de Pensión Complementaria es de carácter estrictamente voluntario.

Ahora bien, como se mencionó líneas atrás, si bien el fondo de garantía tiene una naturaleza diversa, lo cierto del caso es que el Código Notarial en su artículo 9 remite su regulación a la Ley No. 7523, Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias y sus reformas, siendo ésta el marco normativo a seguir con el fin de determinar las circunstancias en que es posible realizar un retiro anticipado del mismo, lo que no significa que dicho fondo participa de las características propias de un fondo de pensiones complementarias, pues su finalidad no es fungir como un capital para invalidez, vejez y muerte, sino para resarcir o indemnizar ante posibles daños y perjuicios ocasionados a terceros afectados.

Si bien el ordinal 24 de la Ley No. 7523, era el que determinaba los requisitos para realizar un retiro anticipado del fondo, indicando durante el período que estuvo vigente que se debía cotizar al menos en un plazo mínimo de 5 años, contado desde la fecha de ingreso; no es menos cierto que tal y como se advirtió al inicio, el artículo 90 de la Ley de Protección al Trabajador, Ley No. 7983, derogó algunas disposiciones de la Ley No. 7523, entre

ellas precisamente el citado numeral 24, estableciendo en su lugar una serie de condiciones y requisitos para que el retiro anticipado sea factible, todas previstas en el numeral 73 de la Ley 7983. Dentro de esas condiciones destaca para nuestros propósitos, el haber cotizado un mínimo de 66 meses, lo que equivale a 5 años 6 meses; además, y solo para los efectos de calcular el porcentaje por devolver al Estado por concepto de beneficios fiscales (entendiéndose que se trata del régimen voluntario de pensiones complementarias), deberá cumplirse con unos mínimos de edad así como un mínimo de cotizaciones.

Es por todo lo anterior que a criterio de esta Procuraduría General, la normativa vigente y aplicable en nuestro caso lo es la Ley No. 7983; ello por cuanto se reitera lo expresado en otras ocasiones similares, en el sentido de que tratándose de normas de igual rango y que regulan misma materia, rige el principio que reza "norma posterior deroga la anterior", máxime si en la especie es una derogatoria expresa.

A modo ilustrativo nos permitimos transcribir, en lo que interesa, lo dispuesto en el dictamen de esta Procuraduría General No. C-161-83 del 19 de mayo de 1983:

"El principio de que la ley posterior deroga la anterior, no es un principio absoluto que deba aplicarse siempre, sino que existen otros principios de igual o mayor valor jurídico, los cuales son de aplicación prevalente en ciertos casos.

Así por ejemplo, la ley especial no queda derogada implícitamente por la general posterior; la ley especial no deroga implícitamente la general anterior, sino que ésta última deberá aplicarse a los casos que se encuentren fuera de la materia regulada por la ley especial. El principio de "ley posterior deroga la ley anterior", sólo tiene

aplicación, tratándose de leyes especiales, cuando éstas regulan la misma materia; por lo que el mismo no es aplicable al caso en estudio, por cuanto estamos en presencia de dos leyes especiales que regulan distinta materia.

LA LEY ESPECIAL SOLO SE DEROGA POR OTRA ESPECIAL DE IGUAL MATERIA:

La ley especial no queda derogada implícitamente por otra ley especial posterior de distinta materia; esta derogación presunta sólo puede darse, si las leyes especiales regulan la misma materia.

En ese sentido, las leyes especiales se excluyen entre sí dentro del ámbito de la materia que cada una de ellas regula -una especie de coordinación por separación-.

En el caso planteado, se trata de dos leyes especiales, por lo que cada una de ellas excluye a la otra en la materia específica que regula".

Partiendo de lo expuesto, tenemos que el marco normativo a seguir para retiros anticipados del fondo de garantía de los notarios públicos, es el previsto en el numeral 73 de la Ley No. 7983; esto es: deberá de haberse cotizado un mínimo de 5 años 6 meses, cumplido el cual el Notario Público estará en posibilidad de retirar lo aportado al fondo hasta ese momento.

Considerando la naturaleza jurídica del fondo de garantía, se hace la salvedad de que tal plazo lo será con independencia de la edad del afiliado, toda vez que la intención del legislador fue remitir la regulación de esta materia (fondo de garantía de los notarios), a aquella normativa que le resultaba de aplicación similar y que fuera, además, compatible, y sin que ello significara aplicarle todas y cada una de aquellas condiciones exigidas al régimen de pensiones propiamente dicho.

Si se trata del supuesto denominado como Fondo de Pensiones Complementarias, el que se brinda como un servicio adicional por parte de la operadora de Pensiones al notario público, y esta conformado por las cuotas que paguen los notarios activos o no activos y que firmen voluntariamente el contrato respectivo, por tratarse en la especie de un régimen netamente voluntario de pensiones complementarias, distinto y separado al fondo de garantía propiamente dicho, evidentemente sí se le deben aplicar todas y cada una de las exigencias y requisitos de números de cotizaciones o años mínimos y de edad que impone el numeral 73 de la Ley 7983.

Como bien lo explica el tratadista español García Valdecasas, entre las muchas soluciones posibles ante las cuales se puede encontrar el jurista en la tarea de interpretación, debe acudir siempre al sentido más justo, el que más se acerque a los fines del Derecho:

"El fin de la interpretación es conocer el derecho para aplicarlo y realizarlo en las concretas relaciones de la vida social. La interpretación debe tener siempre presente que el fin del Derecho es establecer un orden justo en dichas relaciones. Por consiguiente respetando el texto legal y siempre que éste lo permita, debe atribuirle el sentido más justo entre los varios posibles, el más conforme a la finalidad del Derecho. Mas para alcanzar esta meta tiene que recorrer un camino más o menos complicado que se inicia siempre con la consideración del texto de la ley" (García Valdecasas, G., **Parte General del Derecho Civil Español**, Editorial Civitas, Madrid, 1983, p. 110).

Sí es dable hacer la observación de que si opera el retiro del fondo de garantía de los notarios y posteriormente el profesional ingresa nuevamente al mismo a cotizar con el fin de cumplir con lo

establecido en los numerales 4 inciso g) y 143 inciso a) del Código Notarial, el plazo fijado de 5 años 6 meses empieza nuevamente a computarse a partir del reingreso o re-inicio al fondo de garantía, salvaguardando de esta forma la estabilidad y sostenimiento económico del fondo de garantía para los propósitos y fines para el que fue creado.

III.- CONCLUSIÓN:

Con fundamento en el análisis normativo antes descrito, se concluye que el marco normativo a seguir para retiros anticipados del fondo de garantía de los notarios públicos, es el previsto en el numeral 73 de la Ley No. 7983, Ley de Protección al Trabajador; esto es, deberá de haberse cotizado un mínimo de 5 años 6 meses, cumplido el cual el Notario Público estará en posibilidad de retirar lo aportado al fondo hasta ese momento.

Se advierte que tomando en consideración la naturaleza jurídica del fondo de garantía, tal plazo lo será con independencia de la edad del afiliado, toda vez que la intención del legislador fue remitir la regulación de esta materia (fondo de garantía de los notarios), a aquella normativa que le resultaba de aplicación similar y que fuera, además, compatible, sin que ello significara que se le debía aplicar todas y cada una de aquellas condiciones exigidas al régimen de pensiones complementarias propiamente dicho.

Tratándose del denominado Fondo de Pensiones Complementarias, el que se brinda como un servicio adicional por parte de la operadora de Pensiones al notario público, y está conformado por las cuotas que paguen los notarios activos o no activos y que firmen voluntariamente el contrato respectivo, por tratarse en la especie de un régimen netamente voluntario de pensiones complementarias, distinto y separado al fondo de garantía propiamente dicho, evidentemente en estos casos sí se le deben de aplicar todas y cada una de las exigencias y requisitos de números de cotizaciones

o años mínimos y de edad, que impone el numeral 73 de la Ley 7983 antes referida.

La presente Opinión Jurídica se emite dentro de su condición de criterio no vinculante, atendiendo las atribuciones propias que el legislador le ha conferido en este tipo de temas o jurisdicción a la Dirección Nacional de Notariado, órgano que resulta el competente para el dictado de lineamientos o directrices, de carácter obligatorio, para que los notarios públicos presten sus servicios profesionales a los usuarios en forma eficiente y segura; por lo que igualmente se hace notar que el presente análisis técnico jurídico se realiza sin perjuicio de lo que finalmente disponga sobre el particular dicha Dirección Nacional de Notariado, en el ejercicio de sus atribuciones legales antes descritas (artículos 1º, 2º, 4º y 5º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en relación con los numerales 24 inciso d), 140 y 143 inciso b) del Código Notarial).

Sin otro particular,

Geovanni Bonilla Goldoni

PROCURADOR FISCAL

GBG/RLM

CI: Licda. Alicia Bogarín Parra, Directora de la Dirección Nacional de Notariado.

Archivo.-

ARCHIVADO: CONSULTAS/CONS-21/107-FONDO DE GARANTÍA DNN. SUPEN

JURISPRUDENCIA

Notario público: Concepto y análisis acerca de la inhabilitación en el ejercicio de la función notarial por morosidad en el pago de cuota al fondo de garantía y su carácter no sancionatorio

[Sala Segunda]²

Texto del extracto:

"I.- Por resolución N° 1409 de las 10:10 horas del 11 de octubre de 2007, la Dirección Nacional de Notariado decretó la inhabilitación de la licenciada Navarro Miranda, conforme lo establecido por los numerales 4, 13, 24 inciso e), 55 y 140 del Código Notarial. Para ello consideró que la falta de pago al fondo de garantía de los notarios faculta a la Dirección para inhabilitar al moroso, pues la omisión constituye un impedimento de conformidad con lo dispuesto en el inciso g) del artículo 4 del Código Notarial. Agregó que en ese orden, el artículo 13 del mismo cuerpo legal establece: "Los notarios públicos serán inhabilitados temporalmente cuando: ...b) Surja algún hecho que conforme al artículo 4 impida el ejercicio del notariado; en tal caso, la suspensión se mantendrá mientras dure el impedimento" (...). Asimismo, que según se desprende del estudio de cuotas visible a folio 1, se tiene por acreditado que la licenciada Navarro Miranda, se encuentra en estado de morosidad respecto del pago de ochenta y tres cuotas al mes de marzo de dos mil siete, del Fondo de Garantía de los notarios públicos, creada por el artículo 9 del citado código, lo cual constituye un impedimento para el ejercicio del notariado. Refiere que como se tiene bien notificada a la notaria (folios 12 a 15) de la audiencia conferida sobre el impedimento que motivo el proceso, y en vista de que habiendo

transcurrido el plazo otorgado, no ha acreditado el pago de lo adeudado, lo procedente es decretar la inhabilitación, circunstancia que se mantendrá mientras subsista el impedimento, de conformidad con el artículo 13. Con la finalidad de garantizar el debido proceso, se ordenó notificar a la licenciada Navarro Miranda la resolución, por tres veces consecutivas en el Boletín Judicial, por ignorarse el lugar en donde puede ser localizado (241, párrafo 2° de la Ley General de la Administración Pública). Además, porque la Sala Constitucional , en resolución 07746 de las 13:23 horas del 17 de junio de 2005, lo dispuso así: "...la notificación personal, indispensable en este caso, de conformidad con el artículo 2 de la Ley de Notificaciones, inexcusablemente fue sustituida por una notificación mediante edicto, sin que el lugar para notificar al amparado fuera ignorado o estuviera esquivado por culpa suya, caso en el cual, de conformidad con el artículo 241 de la Ley General de Administración Pública, procedería la notificación por edicto" (folios 17 a 20). La notaria Navarro Miranda formuló recurso de revocatoria con apelación en subsidio (folios 26 y 27). La Dirección Nacional de Notariado, en resolución de las 15:33 horas del 15 de noviembre de 2007, declaró sin lugar el recurso de revocatoria, y en efecto suspensivo admitió el de apelación para ante esta Sala (folios 28 a 30). II .- En escrito presentado el 31 de octubre del año 2007, la notaria Navarro Miranda alegó que en ningún momento fue notificada de la apertura del proceso administrativo, con lo que se violenta el Principio Constitucional del Debido Proceso, y fue dejada en un completo estado de indefensión. Añadió que no es cierto que no haya sido posible notificarle por cuanto no se localizó, cuando cuenta con veintisiete años de laborar para el Instituto de Desarrollo Agrario, cuyas oficinas se localizan en Moravia . Además de que en esa oficina, existe un proceso pendiente de resolver contra ella, bajo el expediente 00-001078-0624-NO, en el que consta un lugar señalado para atender notificaciones, en las oficinas del Doctor Enrique Rojas Franco,

por lo que la resolución 1409-07 es arbitraria e ilegal. Invocó que con respecto a la causal que se le imputa, debió existir una prevención, apercibimiento o intimación no atendida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley General de la Administración Pública, lo que tampoco se dio. Asimismo, que el artículo 134, inciso a) del Código Notarial, señala como suspensión hasta por un mes, a los Notarios que no estén al día con el pago de la garantía, y en la resolución de cita se le está inhabilitando, es decir, se aplica una sanción mayor a la establecida por la norma. Manifestó que tiene el grado de Notario Público desde 1989, y la Dirección pretende que cumpla con unos requisitos impuestos por ella, cuando desde ese entonces tiene ese grado académico, pretendiendo aplicar una normativa posterior, a una condición que adquirió con esfuerzo, trabajo y dedicación (folios 26 y 27).

III .- En el marco jurídico que regula la habilitación para ser Notario Público, el artículo 3 prevee los requisitos que deben cumplirse para poder serlo y ejercer como tal. En lo que interesa, el inciso b) de esa norma señala como uno de ellos: "No tener impedimento legal para el ejercicio del cargo." El numeral 4 siguiente establece los impedimentos para ser Notario Público y en el inciso g) preceptúa que están impedidos para ser Notarios Públicos: "Quienes no estén al día en el pago de las cuotas del Fondo de garantía de los notarios públicos, creado en esta ley", y el 13 inciso b) dispone que los notarios públicos serán inhabilitados temporalmente cuando: "Surja algún hecho que conforme el artículo 4 impida el ejercicio de la función notarial, en tal caso, la suspensión se mantendrá mientras dure el impedimento".

IV .- En autos consta Estudio de Cuotas de la Dirección Nacional de Notariado, de fecha 18 de abril de 2007, con corte al 25 de marzo de ese año, en el que en observaciones se señala: "Al mes de marzo, morosa con ochenta y tres cuotas" (folio 1). Consecuentemente, el caso de la notaria Navarro Miranda se enmarca en el supuesto de impedido señalado para el ejercicio de la función notarial, cual es no estar al día en el pago de las

cuotas del Fondo de Garantía de los Notarios Públicos, creado en esta ley. Por consiguiente, no cabe hacer reparo alguno a lo resuelto por la Dirección de Notariado. Interesa agregar que esta Sala en resolución número 57 de las 9:30 horas del 30 de enero de 2008, que es solicitud de inhabilitación para el ejercicio de la función notarial, promovida por la Dirección Nacional de Notariado contra los licenciados Carlos Enrique García Anchía , Federico Villalobos Chacón, Blanca Iris Navarro Miranda y otros, entre otros aspectos, confirmó la resolución que decretó la inhabilitación de esta última, al estar nombrada en una entidad pública por tiempo indefinido. Sin embargo, por tratarse de una causa distinta a la que se trata en este asunto, se ha procedido a conocer la gestión planteada. V.- Con base en las razones expuestas, no puede acogerse el recurso de apelación planteado, por lo que procede confirmar la resolución impugnada."

Notario público: Análisis normativo sobre requisitos, incompatibilidades y excepciones para ejercer la función notarial

[Sala Segunda]³

Texto del extracto:

" I.- El Licenciado Alexander Soto Ríos impugna la resolución de la Dirección Nacional de Notariado, de las 11:30 horas del 4 de noviembre del 2.002, que improbo la solicitud por él formulada, tendente a que se le autorizara en el ejercicio de la función notarial (folios 36-42). Manifiesta que el salario que devenga por sus funciones en el Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico no incluye plus alguno por dedicación exclusiva o

prohibición. En su criterio, lo resuelto conlleva una inadecuada aplicación de la normativa que rige la materia; por cuanto, según lo expone, se aplicó incorrectamente el inciso f), del artículo 4 del Código Notarial, pues en dicho numeral no se hace referencia meramente a los funcionarios del sector público, sino a aquellos a quienes se les prohíba el ejercicio externo del notariado, supuesto en el que no está; dado que no cuenta con el plus por dedicación exclusiva. Por otra parte, sostiene que no es cierto que exista superposición horaria, entre las labores que desempeña en el Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico y las que realizaría como Notario Público; pues, según lo indica, su actividad en dicha entidad concluye a las diecisiete horas; por lo que sus labores notariales, iniciarían después de esa hora, sin que se le pueda exigir un horario determinado, pues todos los días y horas son hábiles para el ejercicio de la función notarial, inclusive los fines de semana. Considera, en todo caso, que es a la Institución donde labora la que debe establecer si media o no superposición horaria. Señala que sus funciones podrá realizarlas también con el apoyo de un asistente. Por otra parte, no comparte lo resuelto en cuanto se concluyó sobre la incompatibilidad de sus funciones como servidor del Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico y como Notario Público y menos de la existencia de una duplicidad de funciones. Con base en esos argumentos, pretende la revocatoria de lo resuelto; para que, en su lugar, se le habilite a ejercer la función notarial (folios 43-51). II.- A los efectos de resolver la impugnación planteada por el Licenciado Soto Ríos, se tiene por acreditado que él labora en el Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico, nombrado por tiempo indefinido, en el puesto de Técnico Profesional 3, sin que se le cancele monto alguno por dedicación exclusiva. Asimismo se tiene que, en dicha entidad, debe cumplir un horario de lunes a jueves de las 8:00 a las 17:00 horas y los viernes de las 8:00 de la mañana a las 16:00 horas. Su puesto no está cubierto por el régimen del Servicio Civil (folio 31). III.- Por la Ley N° 7.754,

del 17 de abril de 1.998, se promulgó el Código Notarial, vigente hasta seis meses después de su publicación; el cual vino a sustituir la anterior Ley Orgánica de Notariado, N° 39, del 5 de enero de 1.943; y, actualmente, constituye la normativa especial, por la cual se regula todo lo relacionado con el ejercicio de la función notarial. En el Capítulo II del Título I, están los requisitos y los impedimentos para ejercer el notariado público. El artículo 4, en lo que al caso interesa, dispone que están impedidos para ser Notarios Públicos "... f) Quienes ejerzan cargos en cualquier dependencia del sector público, incluso en las estructuradas según modelos organizacionales del Derecho Privado, en los que se les prohíba el ejercicio externo del notariado". El recurrente señala que dejó de aplicarse la parte final de dicho numeral; pues, según lo indica, él labora en una Institución Pública, pero no se ha acreditado que se le prohíba el ejercicio externo del notariado; no obstante, debe indicarse que esta Sala ha señalado, ya de manera reiterada, que la prohibición establecida en la parte final de dicho numeral, hace referencia, únicamente, a las entidades de naturaleza pública, organizadas bajo el Derecho Privado. En efecto, en la resolución número 1.004, de las 9:40 horas, del 21 de diciembre del 2.000, se indicó: " Sobre la exigencia de una prohibición expresa, como condición para que subsista el impedimento indicado en esa norma, la Sala ha señalado que ésta corresponde únicamente a las dependencias públicas estructuradas según modelos propios del Derecho Privado. Ello se deriva no sólo de una interpretación literal, dado que la norma expresamente indica "en los que se les prohíba el ejercicio externo del notariado", refiriendo de modo directo a los modelos organizados conforme al Derecho Privado, sino también armonizando la norma con el resto del articulado y, particularmente, con lo establecido en el artículo 5° ibídem." (En el mismo sentido, también pueden consultarse las resoluciones números 730, de las 9:05 horas, del 4 de agosto; 809, de las 10:10 horas, del 21 de diciembre, ambas del año 2.000; y, 224, de las 10:00 horas del 15

de mayo del 2.002). Por eso, la regla general es que toda aquella persona que ejerza algún cargo, en cualquier dependencia del Sector Público, inclusive cualesquiera estructurada conforme al Derecho Privado, salvo que no medie prohibición expresa, está impedida para ejercer funciones como Notario Público, exceptuados los casos previstos en el artículo 5 siguiente. Por consiguiente, sólo resta determinar si el recurrente está o no en alguno de los supuestos excepcionados que ahí se establecen. El inciso d), de ese numeral 5, dispone: " Se exceptúan de la prohibición contenida en el inciso f) del artículo anterior: ... d) Los funcionarios de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, las instituciones públicas y municipalidades, contratadas a plazo fijo, excluidos del Régimen de Servicio Civil y que no gocen de sobresueldo ni compensación económica de ninguna clase por prohibición o dedicación exclusiva, siempre que no exista superposición horaria ni disposición en contrario, en la legislación reguladora del órgano o institución donde se presente los servicios." Se requieren, entonces, tres condiciones para poder aprovechar la excepción prevista; a saber: a) Que el contrato sea por plazo fijo; b) que el servidor no esté cubierto por el Régimen del Servicio Civil, y, c) que no se goce de algún sobresueldo por prohibición o dedicación exclusiva; exigiéndose, además, que no medie superposición horaria. Si bien el recurrente no desempeña un cargo cubierto por el régimen del Servicio Civil y tampoco recibe algún plus salarial por prohibición o dedicación exclusiva (porque su puesto no lo requiere), lo cierto es que su relación con el Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico lo es por tiempo indefinido, por lo que no cumple una de las condiciones indispensables previstas en la norma. Como se indicó, el nombramiento del recurrente lo es por tiempo indeterminado; razón por la cual, no cumple con los supuestos contemplados en la normativa, para poderse exceptuar del impedimento previsto, de manera general, en el inciso f), del artículo 4 citado. Además, como se verá, tal y como se ha enfocado el tema de la superposición horaria, también

debe concluirse en el sentido de que el recurrente se ve afectado por esa condición; aunque, por lo expuesto, a nada conduce establecer si media o no una situación de superposición horaria, entre las labores que el recurrente desempeña como Técnico Profesional 3, en el Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico y las que, eventualmente, podría desempeñar como Notario Público. IV.- Por resultar de interés debe indicarse que el mismo criterio jurídico fue mantenido, en forma reiterada, por esta Sala, cuando ejercía competencia disciplinaria, en materia notarial, en aplicación de la Ley Orgánica de Notariado; y, en ese sentido, pueden consultarse, entre otras, las resoluciones números 570, de las 14:25 horas, del 4 de octubre de 1.996; 544, de las 15:30 horas, del 17 de setiembre; 641, de las 11:05 horas, del 19 de noviembre, ambas de 1.997; y, 309, de las 15:25 horas, del 23 de setiembre de 1.998. Por otra parte, también resulta de gran interés citar la sentencia de la Sala Constitucional N° 4.258, de las 16:30 horas, del 17 de mayo del año 2.000, que dispuso: "Los impedimentos pretenden garantizar que el Notario cumpla cabalmente los deberes que le impone el Código de Notariado, cuyo primer artículo describe la función notarial como una función pública ejercida privadamente, por medio de la cual el notario asesora a las personas sobre la correcta formación legal de su voluntad en los actos o contratos jurídicos y da fe de la existencia de los hechos que ocurran ante él. Es precisamente esa calificación de la función notarial la que justifica que al Notario se le impongan restricciones similares a las que se han aplicado a los funcionarios públicos, sobre cuya constitucionalidad se pronunció esta Sala en la sentencia N°3932-95 de las quince horas treinta y tres minutos del dieciocho de julio de 1995, que en lo que interesa, dice: "El fundamento de las prohibiciones legales que determinan las incompatibilidades es la necesidad de dotar de independencia a los servidores públicos, a fin de situarlos en una posición de imparcialidad, para evitar el conflicto de intereses y la concurrencia desleal. Las incompatibilidades se basan en

razones de moralidad y tienden a evitar la acumulación de facultades en una sola persona, así como que los funcionarios aparezcan en oposición con el organismo público del cual dependen, en contiendas judiciales o reclamos administrativos, a causa de la designación profesional por parte de particulares: es decir, tiende a evitar la colisión de intereses -interés público-interés privado-." Según se desprende de las actas legislativas en las cuales se discutió el Código Notarial, la voluntad del legislador fue que los servicios de esta naturaleza, por regla general, sean suministrados por profesionales que no sean servidores regulares de las dependencias públicas , -el artículo 4 f) dirige el impedimento a quienes se les prohíba el ejercicio externo del Notariado y el requisito contemplado en el artículo 3 inciso e) obliga al Notario a tener oficina abierta al público en Costa Rica, con excepción de los notarios consulares -..." (Los destacados no están en el original). Con base en esta misma sentencia, que remite a un fallo anterior, también ha de tenerse por resuelta la cuestión planteada por el recurrente, en cuanto muestra disconformidad con la resolución recurrida, en el tanto en que se concluyó respecto de la existencia de una superposición horaria y una incompatibilidad (o duplicidad, según se entiende en el caso concreto) de funciones. En ese sentido, en forma expresa, se indicó: "IV.- Sobre la función notarial este Tribunal se pronunció en la sentencia N°0649-93 de las 14:45 horas del 9 de febrero de 1993, en la que se discutió la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley Orgánica de Notariado (Ley N° 39 de 5 de enero de 1943 y sus reformas) de la siguiente forma: "II.-Debe tenerse presente la naturaleza de la función Notarial, que la Sala entiende como el ejercicio privado de una función pública, recogida en alguna medida por la propia Ley Orgánica de Notariado, cuyo artículo 3°, dispone "La persona autorizada para ejercer el notariado tiene fe pública". Es una función que se ejerce por delegación y con supervisión del Estado, de modo que en su forma de ejercicio independiente, se liga a la norma del artículo 17 de

la misma ley, que obliga a los notarios a tener oficina abierta al público. Y tiene sentido mandarlo así, porque al ser el notariado una autorización privilegiada a determinadas personas, es una condición razonable y lógica la de que el Notario debe estar disponible a prestar al servicio, por medio de una oficina abierta al público . Incluso por la naturaleza de esta profesión, el Notario no puede excusar el prestar servicio a ninguna persona, tal como en situaciones calificadas se le permite al abogado, ya que el especial énfasis de su función es "asesorar", "interpretar" y "autenticar", lo que las partes desean llevar a cabo por su medio, sin que pueda o deba sentirse inclinado a favorecer a alguna de ellas. Del Notario se exige, entonces, contrariamente a lo que sucede en el caso del abogado, que sea neutral, objetivo, y que actué dando fe de lo que en su presencia se acordó en beneficio de las partes que comparecen ante él y no de una sola de ellas. Ahora bien: si debe tener oficina abierta al público y estar disponible a la prestación del servicio, por el tipo de función que ostenta, no se concibe cómo pueden coincidir en el tiempo la prestación de servicios a la administración pública (como tal servidor público) y el ejercicio de la función notarial, que a su vez implica tener una oficina abierta, en la que no podrá estar presente la mayor parte del tiempo. Desde el ángulo estrictamente jurídico es imposible encontrar conciliación en la prestación del doble servicio: uno, la prestación del servicio al Estado, como funcionario de planta, que implica dedicación, simultáneamente con otro, el ejercicio de la función notarial (revestida de un carácter igualmente público), en una oficina diferente, abierta a una clientela, pero que, asimismo, de principio, implica dedicación a ella, pues requiere el despliegue de actividad adicional fuera de la oficina profesional. Y debe agregarse más: no solamente hay imposibilidad de tipo material para simultáneamente estar prestando un servicio al estado -como funcionario de planta- y ejerciendo libremente la profesión del Notariado, sino que hay de por medio un problema ético, pues de

acogerse una tesis facilitadora de lo anterior, habría una tentación poderosa para diferir asuntos de la llamada "cosa pública", en beneficio de los que atañen al fuero personal del abogado-funcionario, a la manera de una colisión de intereses, que ciertamente debe evitarse con un criterio restrictivo, a propósito de que cada día se percibe una actitud más y más acomodaticia en este campo. - III.- ... Pero, lo anterior significa que hay y ha habido, en esta materia, un deseo de proteger a la función pública. Esto se confirma particularmente con el texto de la primera Ley Orgánica de Notariado que tuvo el país, del doce de octubre de mil ochocientos ochenta y siete, que disponía de manera más absoluta y apropiada: "Artículo 23.- El ejercicio del Notariado es incompatible con cualquier otro empleo o cargo público, que exija un servicio diario de tres o más horas. El que aceptare cargo ó empleo de esa clase, cesará en sus funciones de Notario. Cesará también aquél a quien sobrevenga alguno de los impedimentos señalados en (SIC)". IV.- Ahora bien: lo que se ha venido considerando como una prohibición, debe entenderse más correctamente como una incompatibilidad, ya que lo que se pretende evitar es una situación de conflicto entre ser funcionario público y simultáneamente ejercer otra función -que también es pública- como es la de Notario. Esta incompatibilidad es insoslayable, si tenemos en cuenta que la función pública merece protección y así incluso se ha estimado de siempre, como que al funcionario público se le veda desempeñar otra función o trabajo, en el tanto pueda menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes, o comprometer su imparcialidad o su independencia. Esta tesis no es extraña al espíritu constitucional, tal como puede colegirse del principio de responsabilidad de los funcionarios (artículo 9º), del principio-deber de legalidad (artículo 11), así como de la exigencia de que la administración pública funcione a base de eficiencia e idoneidad (artículo 191).- " Esta posición fue reiterada en la sentencia N°3139-97 de las 10:12 horas del 6 de junio de 1997 y resulta plenamente aplicable a las disposiciones del Código

Notarial vigente cuya constitucionalidad se cuestiona en esta acción. Ese cuerpo de normas establece un régimen de incompatibilidades para el Notario Público, para garantizar que la función notarial sea ejercida de manera diáfana, y con absoluta objetividad e imparcialidad, el legislador utilizó el recurso de establecer impedimentos para su ejercicio a quienes se encuentren en determinadas situaciones. El numeral 4 inciso f) del Código de Notariado, establece un impedimento general para ejercer el Notariado para quienes ejerzan cargos en cualquier dependencia del sector público, incluso en aquellas cuya organización se rija por el Derecho Privado, en las cuales se les prohíba el ejercicio externo del notariado. De conformidad con la sentencia parcialmente transcrita, el impedimento es razonable y acorde con el Derecho de la Constitución, pues como regla general no resulta legítimo ejercer dos funciones de naturaleza pública simultáneamente, por lo que en este extremo la Sala confirma los planteamientos de la jurisprudencia citada supra." (La negrita y el subrayado, no están en el original). De conformidad con lo anterior, no encuentra la Sala que se violente el derecho constitucional de libertad de trabajo, como lo alega el recurrente; pues, según fue resuelto, en aquella jurisdicción especializada, los impedimentos previstos por la norma resultan ser proporcionales y racionales, en atención al interés jurídico, que se pretende tutelar. Quedó también claramente expuesto, la incompatibilidad de ejercer dos funciones públicas al mismo tiempo, aunque alguna se realice en forma privada, como lo reclama el recurrente. V.- Como corolario de lo anterior, la Sala estima ajustada a Derecho la resolución de la Dirección Nacional de Notariado, por la cual se improbió la solicitud formulada por el recurrente, para que se le habilitara en el ejercicio de la función notarial; y, consecuentemente, debe brindársele confirmatoria a dicho pronunciamiento, en el tanto en que el licenciado Soto Ríos está afectado por las causales de impedimento previstas en el Código Notarial."

Análisis jurisprudencial sobre los alcances de la normativa que autoriza a los funcionarios públicos a ejercer el notariado

Prohibiciones y limitaciones a las que se encuentran sujetos

[Sala Segunda]⁴

Texto del extracto:

"I.- De importancia para resolver la impugnación planteada, se tiene por demostrado: 1) Que la licenciada Mercedes Mejía Sáenz, labora en propiedad para el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, ocupando el puesto de profesional 4 en la especialidad de derecho, el cual se encuentra bajo el régimen del servicio civil. Recibe un incentivo económico correspondiente al 65% de su salario base por concepto de prohibición para el ejercicio de la "abogacía" (folios 2 y 16). 2) La Dirección Nacional de Notariado mediante resolución N° 691-02 de las 11:23 horas, del 28 de mayo de 2002, la inscribió como notaria pública (folio 7). 3) Que no existe en la Ley de Creación del Ministerio, en su reglamento o en cualquier otra norma interna, prohibición para el ejercicio externo del notariado (folios 16 y 25 a 26). 4) Que a la gestionante no le afecta ninguno de los supuestos contemplados en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (folio 16). 5) El manual de clases utilizado por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes no contempla el notariado (folios 25 a 26). 6) Los profesionales en derecho que conforman las diferentes Direcciones Jurídicas de ese ministerio, se encuentran sujetos a la prohibición establecida en la Ley N° 5867 del 15 de abril de 1975 y sus reformas, así como a

la dispuesta en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (folios 25 a 26). II.- La licenciada Mejía se encuentra disconforme con la resolución de la Dirección Nacional de Notariado, fundamenta su inconformidad en que en la institución para la que labora y en la que fue contratada como abogada, no existe norma alguna que prohíba el ejercicio del notariado, además de que la compensación que recibe por concepto de prohibición, atiende únicamente al ejercicio de la abogacía. En consecuencia, con vista en los elementos de prueba allegados a los autos, la recurrente refuta la aseveración contenida en la resolución impugnada, cuando establece que dentro del Ministerio de Obras Públicas y Transportes existe impedimento para el ejercicio de la profesión, indistintamente de la especialidad académica, para aquellos profesionales que se encuentran en el régimen de prohibición, circunstancia por la que no le resultan aplicables las excepciones contenidas en el inciso d) del artículo 5 del Código Notarial. Refuerza sus argumentos, planteando la distinta naturaleza jurídica de las profesiones del abogado y del notario público, indicando en este sentido, el criterio externado tanto por la Dirección Nacional de Notariado como por la Procuraduría General de la República, así como la jurisprudencia de las Salas, Segunda y Constitucional. Considera que si no existe certeza que la prohibición pagada a los abogados contratados por las instituciones del Estado, restrinja además, el ejercicio del notariado, corresponde atenerse a lo dispuesto en la vía jurisprudencial. Por las razones expuestas, señala que los argumentos utilizados por la Dirección Nacional de Notariado, van contra resoluciones de la Sala Constitucional, Sala Segunda y directrices de esa misma dirección. Como consecuencia de los motivos señalados, solicitó que se declare con lugar el recurso interpuesto contra la resolución impugnada y se ordené su habilitación como notaria pública (folios 56 a 62). III.- Mediante ley N° 7764, del 17 de abril de 1998, se promulgó el Código Notarial, como la normativa especial destinada a establecer el

conjunto de normas y principios reguladoras del correcto ejercicio de la función notarial. Antes del 6 de octubre de 1998, cuando entró en vigencia ese Código, la actividad del notariado estuvo regulada por la Ley Orgánica del Notariado N° 39, de 5 de enero de 1943 y sus reformas. En tema a los impedimentos para el ejercicio del notariado, en los artículos 18 y 19, de esa ley, se disponía: "Artículo 18.- Están legalmente impedidos para el ejercicio del notariado:... ..7° El que acepte empleo o cargo público incompatible con las funciones del Notariado. Artículo 19.- Aun cuando sean notarios, no pueden ejercer el notariado los funcionarios y empleados de los Poderes Ejecutivo y Judicial, así como los municipales. Se exceptúan de esta prohibición los profesores de enseñanza, los magistrados suplentes, los jueces interinos, los alcaldes suplentes e interinos, los fiscales específicos, los munícipes y apoderados municipales, y los funcionarios y empleados que no devenguen sueldo sino dieta. El notario que aceptare cargo o empleo incompatible con el ejercicio del notariado, cesará en sus funciones de notario..." En esos términos y salvo las excepciones mencionadas por la misma norma, quienes laboraban en los poderes Ejecutivo y Judicial y en las Municipalidades, estaban impedidos de ejercer la función notarial. Contra esa disposición fueron establecidas varias acciones de inconstitucionalidad, las cuales fueron desestimadas por la Sala Constitucional al encontrar justificado y razonable el impedimento para el ejercicio conjunto de un cargo dentro del sector público y otra función de naturaleza también pública. En ese sentido resulta de cita obligada, lo dispuesto y reiterado entre muchos otros, en el Voto de esa Sala, N° 649-93 de las 14:45 horas, del 9 de febrero de 1993, en el que sobre esa incompatibilidad se indicó: "II.-Debe tenerse presente la naturaleza de la función Notarial, que la Sala entiende como el ejercicio privado de una función pública, recogida en alguna medida por la propia Ley Orgánica de Notariado, cuyo artículo 3, dispone "La persona autorizada para ejercer el notariado tiene fe pública". Es una función que se

ejerce por delegación y con supervisión del Estado, de modo que en su forma de ejercicio independiente, se liga a la norma del artículo 17 de la misma ley, que obliga a los notarios a tener oficina abierta al público. Y tiene sentido mandarlo así, porque al ser el notariado una autorización privilegiada a determinadas personas, es una condición razonable y lógica la de que el Notario debe estar disponible a prestar el servicio, por medio de una oficina abierta al público. Incluso por la naturaleza de esta profesión, el Notario no puede excusar el prestar servicio a ninguna persona, tal como en situaciones calificadas se le permite al abogado, ya que el especial énfasis de su función es "asesorar", "interpretar" y "autenticar", lo que las partes desean llevar a cabo por su medio, sin que pueda o deba sentirse inclinado a favorecer a alguna de ellas. Del Notario se exige, entonces, contrariamente a lo que sucede en el caso del abogado, que sea neutral, objetivo, y que actúe dando fe de lo que en su presencia se acordó en beneficio de las partes que comparecen ante él y no de una sola de ellas. Ahora bien: si debe tener oficina abierta al público y estar disponible a la prestación del servicio, por el tipo de función que ostenta, no se concibe cómo pueden coincidir en el tiempo la prestación de servicios a la administración pública (como tal servidor público) y el ejercicio de la función notarial, que a su vez implica tener una oficina abierta, en la que no podrá estar presente la mayor parte del tiempo. Desde el ángulo estrictamente jurídico es imposible encontrar conciliación en la prestación del doble servicio: uno, la prestación del servicio al Estado, como funcionario de planta, que implica dedicación, simultáneamente con otro, el ejercicio de la función notarial (revestida de un carácter igualmente público), en una oficina diferente, abierta a una clientela, pero que, asimismo, de principio, implica dedicación a ella, pues requiere el despliegue de actividad adicional fuera de la oficina profesional. Y debe agregarse más: no solamente hay imposibilidad de tipo material para simultáneamente estar prestando un servicio

al estado -como funcionario del planta- y ejerciendo libremente la profesión del Notariado, sino que hay de por medio un problema ético, pues de acogerse una tesis facilitadora de lo anterior, habría una tentación poderosa para diferir asuntos de la llamada "cosa pública", en beneficio de los que atañen al fuero personal del abogado-funcionario, a la manera de una colisión de intereses, que ciertamente debe evitarse con un criterio restrictivo, a propósito de que cada día se percibe una actitud más y más acomodaticia en este campo.- III.- Ciertamente, en esta acción no se cita el artículo 141 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero es notable la identidad gramatical que tiene con el artículo 19 impugnado, en lo que se refiere a la incompatibilidad de los funcionarios y empleados del Poder Ejecutivo, Poder Judicial y municipalidades, para ejercer la abogacía, aun cuando sean abogados... IV.- Ahora bien: lo que se ha venido considerando como una prohibición, debe entenderse más correctamente como una incompatibilidad, ya que lo que se pretende evitar es una situación de conflicto entre ser funcionario público y simultáneamente ejercer otra función -que también es pública- como es la de Notario. Esta incompatibilidad es insoslayable, si tenemos en cuenta que la función pública merece protección y así incluso se ha estimado de siempre, como que al funcionario público se le veda desempeñar otra función o trabajo, en el tanto pueda menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes, o comprometer su imparcialidad o su independencia . Esta tesis no es extraña al espíritu constitucional, tal como puede colegirse del principio de responsabilidad de los funcionarios (artículo 9), del principio-deber de legalidad (artículo 11), así como de la exigencia de que la administración pública funcione a base de eficiencia e idoneidad (artículo 191).- V.- Podría afirmarse, no sin razón, que lo más apropiado sería que en cada Ley Orgánica, o en cada estatuto institucional, se incluyera un elenco de incompatibilidades con la función pública, mas tal tesis sería de difícil consecución, por manera que tampoco es absurdo que en la

Ley Orgánica de Notariado sea donde se incluya una incompatibilidad genérica. Ahora bien: según queda expresado, la Sala encuentra razonable un régimen de incompatibilidades para el funcionario público, porque, en el fondo, hay en la prestación del servicio público una exigencia moral por parte de la sociedad. Es obvio que de no existir una norma como la aquí impugnada, se correría el riesgo inminente de que se falte a la función pública (administrativa) o a la función notarial. Eventualmente a ambas, con perjuicio para la administración y también para los usuarios, lo que desde ningún punto de vista se puede aceptar" (énfasis agregado). Posteriormente, con la entrada en vigencia del Código Notarial, surgieron nuevas regulaciones en relación con el ejercicio del notariado. En lo que interesa, debemos referirnos a lo establecido en los artículos 4 inciso f), 5, 7 incisos a) y b); y 8 párrafo segundo, de ese Código. El primero de los numerales mencionados dispone: "Impedimentos: Están impedidos para ser notarios públicos: ...f) Quienes ejerzan cargos en cualquier dependencia del sector público, incluso en las estructuradas según modelos organizacionales del Derecho Privado, en los que se les prohíba el ejercicio externo del notariado." (énfasis suplido). "Artículo 5º- Excepciones.- Se exceptúan de la prohibición contenida en el inciso f) del artículo anterior: a) Las personas que laboren como docentes en entidades educativas. b) Quienes sean magistrados, jueces o alcaldes suplentes, cuando sirvan en tales cargos por menos de tres meses. Si las designaciones excedieren de este lapso, los notarios deberán comunicarlas a la oficina respectiva y, de inmediato, devolverán el protocolo con la razón correspondiente en el estado en que se halle. c) Los notarios de la Notaría del Estado y los funcionarios consulares, quienes se regirán, en lo pertinente, por las excepciones resultantes de la presente ley y las disposiciones legales rectoras de estas dependencias. d) Los funcionarios de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, las instituciones públicas y municipalidades, contratados a plazo fijo, excluidos del Régimen

de Servicio Civil y que no gocen de sobresueldo ni compensación económica de ninguna clase por prohibición o dedicación exclusiva, siempre que no exista superposición horaria ni disposición en contrario, en la legislación reguladora del órgano o institución donde se presten los servicios . (énfasis agregado) Artículo 7.- Prohibiciones .- Prohíbese al notario público: a) Atender asuntos profesionales de particulares en las oficinas de la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas estructuradas como entidades privadas, donde preste sus servicios; b) Autorizar en la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas, de las cuales reciba salario o dieta, actos o contratos jurídicos donde aparezcan como parte sus patronos o empresas subsidiarias. No obstante, podrá autorizarlos siempre que no cobre honorarios por este concepto. Sin embargo, los notarios en régimen de empleo público podrán cobrar los honorarios correspondientes a los particulares, en los casos de formalización de escrituras relacionadas con los fondos de ahorro y préstamo que funcionan adscritos a cada institución, y no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal... Artículo 8 .- Cuando en los actos o contratos jurídicos en que sean parte el Estado, sus empresas, las instituciones autónomas y semiautónomas, sean autorizados por notarios que devenguen salario, dieta u otra remuneración de la institución respectiva, quien los autorice no podrá cobrar honorarios profesionales al Estado ni a terceros." (la negrilla es agregada). Sobre la actividad notarial de los profesionales en derecho que prestan servicios en el sector público, se pueden observar los votos número 444-00 de las 16:51 horas, del 12 de enero de 2000, y el 5417-03, de las 14:48 horas, del 25 de junio de 2003, en los que la Sala Constitucional reconoció que la contratación de servicios profesionales de abogado y de notario, puede realizarla la Administración Pública por dos vías: como servidores de la institución mediante un contrato laboral cuya remuneración será un salario, y la contratación de esos

profesionales para que presten estos servicios en forma externa, mediante un contrato administrativo de servicios profesionales. Del examen de la normativa contenida en el Código Notarial, particularmente los artículos 4 inciso f), 5 inciso d), 7 inciso b) y 8, esa Sala también llega a concluir que: "De los artículos anteriormente transcritos puede llegarse a varias conclusiones que deben rescatarse para la resolución del caso concreto. De la interpretación a contrario sensu del artículo 4 inciso f) citado, se desprende que sí se permitiría el ejercicio externo de la actividad notarial a quienes ocupen cargos públicos si no hay prohibición alguna al respecto -y por supuesto se cumplan los demás requisitos establecidos en el Código (como la superposición horaria por ejemplo)... Asimismo, del artículo 5 inciso d) citado, logra desprenderse que los funcionarios públicos pueden ejercer el notariado siempre que reúnan los requisitos ahí establecidos, entre ellos, ser contratados a plazo fijo, que no estén dentro del Servicio Civil ni disfruten del pago de prohibición y dedicación exclusiva, que no tengan superposición horaria y que en la institución no se prohíba dentro de su legislación interna . Por su parte, del 7 inciso b) del Código Notarial se desprende por un lado que los notarios pueden recibir salario de la Administración Pública, instituciones descentralizadas y empresa públicas, y por otro, se pretende regular el ejercicio de los notarios de planta que pueden realizar la actividad notarial en asuntos de interés de sus patronos o empresas subsidiarias, siempre que no cobren honorarios por ello, lo cual es una consecuencia lógica pues se pretende evitar un enriquecimiento ilícito del notario que recibe un salario de la Administración. Lo anterior, es reforzado por el párrafo final del artículo 8 del Código Notarial que prohíbe el cobro de honorarios a los notarios que devenguen salario de una institución pública, con lo cual se reconoce una vez más la posibilidad de que se contrate a un notario bajo la modalidad de salario. VI.- Sobre la directriz impugnada. De las conclusiones arriba apuntadas se observa que existe una gama de posibilidades y

situaciones donde el funcionario público que a la vez es notario puede realizar interna y externamente la actividad notarial, siempre que reúna los requisitos establecidos en la legislación vigente." -énfasis agregado- (voto n° 5417-03 de las 14:48 horas, del 25 de junio de 2003). De la lectura de tales resoluciones se advirtió una nueva interpretación de las disposiciones de comentario, según la cual, no existe una prohibición indiscriminada para que los funcionarios públicos puedan ser autorizados en el ejercicio de la función notarial sino únicamente para aquellos que laboran en dependencias del sector público, incluso las estructuradas bajo las formas del Derecho Privado, en las que se prohíba el ejercicio externo del notariado, caso en el cual se ubicarían entre otros, los funcionarios del Poder Judicial, por así disponerlo su propia Ley Orgánica, en el artículo 9. Sí realiza el Código la expresa advertencia de que aquellos notarios, funcionarios de una institución, se encuentran limitados en el ejercicio cartular respecto a la institución para la que laboran, por las prohibiciones del artículo 7 del Código Notarial. Dentro de tales prohibiciones está la de no autorizar actos en los que la entidad patronal sea parte, a menos que no cobre honorarios, o que se trate de la formalización de escrituras relacionadas con fondos de ahorro y préstamo propios de la institución y que no corresponden a la actividad ordinaria del ente, en cuyo caso podrá cobrar los honorarios correspondientes a la parte. Pero además, en resguardo de la llamada cosa pública que abarca los bienes materiales e inmateriales pertenecientes a la Administración, esa misma norma prohíbe expresamente a los notarios que presten sus servicios a una entidad pública, atender asuntos profesionales de particulares en las oficinas donde labora, lo que en definitiva resulta una garantía de que los bienes públicos que la administración pone en manos de un funcionario para el desempeño de un cargo público, en beneficio de la colectividad, no resulten distraídos para el aprovechamiento de un desempeño profesional privado en beneficio particular del

funcionario. Esta norma surge en resguardo de la ética en la función pública por la que todos debemos velar pero sobre todo los jefes de las distintas entidades, bajo cuyo mando, la ley delega la administración de los recursos humanos y materiales. IV.- Sobre la materia, la Sala Constitucional emitió el voto N° 13672-04 de las 18:33 horas, del 30 de noviembre de 2004 en el cual se retomó el tema de los servidores públicos y el ejercicio por parte de estos del notariado, al respecto manifestó: " ... de manera tal que podemos afirmar la existencia de tres tipos de situaciones: a) Notario público bajo el régimen de empleo público: se trata de aquel notario que ha sido contratado por el Estado para que preste sus servicios notariales, bajo una remuneración salarial, con dedicación exclusiva y sujeto al régimen de empleo público. Teniendo como prohibiciones el ejercicio privado de la función notarial y el cobro de honorarios al Estado por la prestación de estos servicios (artículo 7 inciso b) y artículo 8 segundo párrafo del Código Notarial y artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa). Llamados también notario de planta, bajo salario o retribución fija. b) Notario Público que tiene un cargo público y que ejerce privadamente:

Se trata de aquel notario que, aún teniendo un cargo público, puede mantener una oficina privada si no tiene prohibición para el ejercicio externo del notariado y si reúne el resto de requisitos necesarios, como ser contratado a plazo fijo , no estar sujeto al régimen de servicio civil, no recibir compensación económica por prohibición o dedicación exclusiva y no existir superposición horaria (artículo 4 inciso f) y artículo 5 inciso d) del Código Notarial). Teniendo como prohibiciones atender asuntos particulares en las oficinas públicas (artículo 7 inciso a) del Código Notarial), pero pudiendo realizar actividad notarial para la propia entidad pública si no cobra honorarios (artículo 7 inciso b) párrafo primero del Código Notarial). c) Notario Público contratado por plazo fijo por el Estado: Se trata de la contratación administrativa de los servicios profesionales de un

notario contratado por alguna institución pública, donde no media la relación de empleo público, sino que es contratado a plazo fijo, cuya retribución es por medio de honorarios (sin mediar salario alguno) teniendo como prohibición ejercer el notariado en más de tres instituciones públicas (artículo 7 inciso e) del Código Notarial). " (énfasis suplido). Así las cosas, se puede observar que ha operado un cambio de criterio en la jurisprudencia de la Sala Constitucional en el que se muestra que para poder ejercer como notario, siendo funcionario público, se debe cumplir una serie de requerimientos para que el servidor pueda ser autorizado para el ejercicio del notariado, ya sea a nivel interno de la institución o a lo externo, y en este caso la señora Mejía Sáenz, no cumple con los requisitos apuntados, por cuanto se encuentra nombrada a plazo indefinido, en un puesto incluido en el régimen del servicio civil y por ello, percibe un sobresueldo o compensación consistente en un 65% del salario base por concepto de prohibición (ver folios 2 y 16). Unido a esto, se tiene que la Ley de Compensación por Pago de Prohibición (Ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975), en su artículo 5 establece lo siguiente: " Los beneficios dispuestos en los incisos a) y b) del artículo 1 de esta ley, se aplican a los funcionarios y empleados del Poder Ejecutivo referidos en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los egresados de programas de licenciatura, maestría o doctorado en Derecho, que estén cumpliendo tales funciones. Estos beneficios se aplicarán, igualmente, a los funcionarios que en el nivel de licenciatura o egresados, laboren para el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, el Registro Civil y la Contraloría General de la República. Tal compensación se calculará sobre el salario de base correspondiente a cada institución" , por su parte, el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dispone: " Aunque sean abogados, no podrán ejercer la profesión los servidores propietarios de los Poderes Ejecutivo y Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República, de la Procuraduría

General de la República y de la municipalidades, salvo en sus propios negocios y en los de sus cónyuges, ascendientes o descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados. Se exceptúan de la prohibición anterior los servidores del Poder Ejecutivo que presten servicios en los establecimientos oficiales de enseñanza y que no tengan ninguna otra incompatibilidad; lo mismo que los servidores judiciales interinos o suplentes, siempre que ese interinato no exceda de tres meses; los fiscales específicos; los munícipes y apoderados municipales; el Director de la Revista Judicial; los defensores públicos de medio tiempo y los que sean retribuidos por el sistema de honorarios y, en general, todos los servidores que no devenguen sueldo sino dietas ", de esto se desprende que los servidores del Poder Ejecutivo, supuesto en que se encuentra la petente, no pueden ejercer la abogacía de manera privada, salvo las excepciones contempladas, y aún cuando se tiene plena claridad sobre las diferencias existentes entre el ejercicio notarial y el de la abogacía, lo cierto es que nuestro sistema jurídico concibe el notariado como ligado a la abogacía, en consecuencia, el ejercicio de aquella se ve impedido cuando está vedado el desarrollo de ésta. V.- Corolario de lo expuesto, se debe confirmar la resolución de la Dirección Nacional de Notariado en cuanto denegó la solicitud de habilitación para el ejercicio de la función notarial a la licenciada Mercedes Mejía Sáenz."

FUENTES CITADAS:

- 1 Página Web de Dirección Nacional de Notariado. Descargada el día 19 de septiembre de dos mil ocho. Disponible en el enlace digital: <http://www.poder-judicial.go.cr/direccionnacionaldenotariado/fondodegarantia.htm>
- 2 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 326 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del dieciseis de abril de dos mil ocho. Expediente: 07-000953-0624-NO.
- 3 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 644 de las nueve horas cincuenta minutos del trece de diciembre de dos mil dos. Expediente: 02-000670-0624-NO.
- 4 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 834 de las nueve horas treinta minutos del ocho de setiembre de dos mil seis. Expediente: 05-001091-0624-NO.