

Informe de Investigación

Título: LA TEORÍA DE LA MUNERA PÚBLICA EN LA FUNCIÓN NOTARIAL.

Rama del Derecho: Derecho Notarial.	Descriptor: Función Notarial
Tipo de investigación: Compuestas	Palabras clave: Munera Pública, Función Notarial.
Fuentes: Doctrina, Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 06/2010

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Doctrina.....	2
a)El concepto de Munera Publica en la función notarial.....	2
El objeto o finalidad del servicio notarial.....	2
El régimen de derecho público aplicable al servicio público notarial.....	2
Los munera publica: el ejercicio privado de las funciones públicas.....	4
Posición jurídica del particular frente a la Administración Pública.....	9
Posición jurídica del particular (notario) frente a los particulares.....	11
b)Naturaleza del notario y consecuencias de la aplicación de la Munera Publica.....	14
Naturaleza del notario costarricense.....	14
Justificación legal y consecuencias de la aplicación de la tesis de la "munera publica" al notario.....	17
3 Jurisprudencia.....	20
a)Análisis legal y jurisprudencial sobre los alcances de la normativa que autoriza a los funcionarios públicos a ejercer el notariado	20

1 Resumen

En el presente informe se recopila la doctrina y jurisprudencia que analiza la teoría administrativas de la Munera Publica, la cual se enfoca específicamente al caso de la función notarial, de esta manera se desarrolla el concepto, aplicabilidad de la teoría además de la naturaleza de la función notarial.



2 Doctrina

a) El concepto de Munera Publica en la función notarial.

[VARGAS JIMENES]¹

El objeto o finalidad del servicio notarial

"El servicio público tiene como finalidad la satisfacción de una necesidad colectiva; la cual debe ser apreciada por el legislador (no por el juez), tal y como ocurre en el caso de la función notarial, pues a través del CN el poder legislativo determinó la necesidad e implemento el régimen jurídico especial aplicable.

Sin embargo, advierte al respecto Gordillo que: "... el fin del servicio público es un elemento contingente y que no sirve para caracterizarlo en un plano teórico estable. Este dato carece por ello de rigor dogmático, demás de constituir de cualquier manera un elemento subjetivo y no un aspecto objetivamente apreciable."

Por otra parte, algunos servicios públicos no atienden una verdadera necesidad pública, sino simplemente desarrollan actividades de utilidad pública. La discusión está abierta para determinar si en el caso de la función notarial depositada por el Estado al notario, media una finalidad de servicio o simplemente de utilidad pública. En particular, optamos por la primera solución, pues tal y como hemos venido analizando, la actividad desplegada por el fedatario se ajusta más al concepto de servicio público, cuya esencia es la fe pública.

El régimen de derecho público aplicable al servicio público notarial

La existencia de este especial tipo de régimen no es un elemento que se asocie como requisito "sine qua non" a los arriba citados en la noción de servicio público. Así una serie de empresas que realizan este tipo de servicio funcionan bajo el esquema de sociedad mercantiles.

Sin embargo, nos interesa destacar aquí que el notario NO es un profesional liberal. Se trata de un profesional en Derecho habilitado por el Estado a través de la DNN para ejercer privadamente una actividad típicamente estatal, y para ello debe organizar su empresa para la prestación del servicio atendiendo a los requisitos legales indicados por el CN; de lo cual deriva que en la actualidad, propiamente al brindar el servicio público que el Estado ha depositado en él, entonces sí le es aplicable un régimen de derecho público, cual el Código Notarial.

La naturaleza jurídica del Derecho Notarial es de Derecho Público. Partiendo de que los intereses son un objeto determinante de una actividad, entonces es posible sostener que cuando ese interés puede ser logrado por la acción de los individuos dentro de la esfera de la libertad y de la autonomía individual, estamos ante un interés privado; y que en cambio, cuando el objeto del interés afecta a una organización política o administrativa como totalidad, y sólo puede ser logrado por la acción de esta totalidad, estamos ante un interés público.

Por otra parte, debemos recordar que el Derecho Público está en relación de superioridad frente al Derecho Privado; así:

1. el Público es condición del Privado, ya que su aplicación y ejecución es monopolio del Estado, y por tanto el Privado necesita recurrir a instituciones jurídicas públicas (v.g. la función notarial de fe pública) para su afirmación; y
2. la esfera jurídica privada está sujeta a intervenciones por parte del Derecho Público, v.g. los casos de orden público.

Así, los preceptos de orden público NO están a disposición de los individuos para organizar, completar o perfeccionar sus negocios jurídicos, sino que vinculan de modo inmediato, haciéndose efectivos independientemente de la voluntad de los particulares, se aplican imperativamente.

En el Derecho Privado, el Estado pone a disposición de los particulares el procedimiento para realizar su derecho, y éstos quedan en situación de igualdad frente al juez, como corresponde a unas relaciones de coordinación, y pueden incluso influir en el proceso.

En el Derecho Público, destinado a cumplirse independientemente de la voluntad de las partes, la iniciativa para su aplicación no corresponde en general a los individuos, sino a una autoridad: notario público apegado estrictamente al principio de legalidad.

Aplicando lo dicho hasta ahora a las normas del Derecho Notarial, se aprecia que estamos en presencia de leyes de orden público, pues si bien los interesados no están obligados -en principio-, a someterse a la relación notarial; en cambio, el notario NO puede organizar la relación notarial ni realizar la creación del instrumento público, sin apegarse a los preceptos de forma que imperativamente le enumera la ley (CÓDIGO NOTARIAL)

Incluso, una vez que las partes (y el fedatario) firmen el instrumento, tendrá que sujetarse a todas las consecuencias que ello implica, y que tienen como finalidad el interés general; y especialmente, el de terceras personas, pues indudablemente se trata de que el instrumento haga fe frente a todos aquellos que no han intervenido en él.



En ese contexto, se afirma que las partes pueden renunciar de la parte facultativa del derecho sustancial (Derecho Privado) aplicable a su negocio, pero que las normas propiamente de Derecho Notarial (Derecho Público) obligan con miras a la seguridad de las transacciones jurídicas, y nunca pueden dejar de ser aplicadas por el notario, y menos renunciadas por éste, que es el único que está obligado a aplicarlas (las normas formales del Derecho Notarial).

Los munera publica: el ejercicio privado de las funciones públicas.

Determinar la naturaleza jurídica del notario público mantiene segmentada a la doctrina, la cual señala dos corrientes que se pronuncian sobre el tema.

La primera es la doctrina notarialista, la cual centra su atención en calificar al notario como funcionario público. Encuentra su raíz en Francia, en virtud de la Ley de 25 Ventoso del Año XI (10 de marzo de 1803), que declaró la separación de la magistratura judicial de la notarial. Esta ley designó al notario en el cargo de funcionario público.

Dicha posición califica al notario como funcionario público bajo los siguientes postulados: "... el funcionario público que, jerárquicamente organizado y obrando por delegación del poder del Estado, y por lo mismo, revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función, autentica las relaciones jurídicas, normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas, dándoles el carácter de verdad, certeza y permanencia, previo al estudio, explicación y aplicación del derecho positivo a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene."

Sin embargo, de conformidad con la tesis que hemos adoptado, el artículo 1 de nuestro Código Notarial califica aquella transmisión de la fe pública como depósito, y no como delegación: "El notariado público es la función pública ejercida privadamente. Por medio de ella, el funcionario habilitado asesora a las personas sobre la correcta formación legal de su voluntad en los actos o contratos jurídicos y da fe de la existencia de los hechos que ocurran ante él." (la negrita no es del original).

Porque la habilitación es una potestad de imperio que por ley ejerce la DNN y que tiene como objeto autorizar, sin término alguno, al notario público para ser y ejercer como tal, dentro de un proceso administrativo judicial llevado a cabo por un órgano dependiente del Poder Judicial, en donde el interesado en ejercer ese cargo demuestra contar con los requisitos, condiciones y deberes que le impone la ley al fedatario, y no encontrarse impedido para ejercer.

Desde una posición antagónica, la doctrina administrativista, ha utilizado la figura denominada "munera publica", con la cual explica el ejercicio privado de funciones públicas, en razón del desempeño de una profesión determinada, como sucede con el notario.



En éste sentido señala que, el Estado puede servirse de entes privados para el cumplimiento de fines públicos, e incluso para el ejercicio de potestades de índole pública. De modo que, paralelo a los entes públicos menores, se reconoce la potestad de efectuar actos de imperio o prestar servicios públicos en manos de particulares. Ejercicio privado de funciones públicas lo llamó ZANOBINI.

Desde esta perspectiva, el caso del notario público es uno de ellos, amén del concesionario de servicio público, entre otros. Se trata de un particular que ejerce funciones públicas, actuando en nombre propio, y por cuenta propia (al menos en el desarrollo de su empresa como tal, y en el tema de la responsabilidad); de modo que, parte de su actividad también se desarrolla am -ido al principio de autonomía de la voluntad.

Sin embargo, en el ejercicio de la función pública a él depositada por el Estado, debe actuar al amparo del principio de legalidad, establecido y aplicable a él, especialmente por el legislador en el Código Notarial (régimen jurídico especial de Derecho Público).

Y en este sentido no concordamos -en todo-, con lo expuesto por el maestro Ortiz Ortiz, al afirmar que el notario "actúa por sí mismo, no como parte o agente del Estado, y para su interés personal, no para el interés exclusivo del Estado o de la comunidad..."

El problema al respecto de esta tesis, es que el Dr. Ortiz externó sus criterios en una época histórica en la que si bien, existía una Ley Orgánica del Notariado, aún no se promulgaba el mencionado Código Notarial. Y nos parece que el citado cuerpo de normas vigente y aplicable a la fecha, ha modificado la función notarial verticalmente.

Si bien es cierto que el notario actúa por sí mismo, lo hace a rogación como fedatario público, habiendo recibido por depósito del Estado, la fe pública; y esa fe no la puede utilizar para su interés personal, el mismo Código lo obliga a utilizarla en aras de la seguridad jurídica y de las transacciones del tráfico, así como medio para el logro de la finalidad misma de la función notarial, cual es dar veracidad, legalidad y autenticidad al instrumento público. El cual a su vez, será el medio utilizado por la comunidad para entrar al Registro, y a la seguridad del asiento registral.

Por otra parte, el hecho de que el notario cobre unos honorarios profesionales por su labor, no implica que en su función medie meramente un interés personal. Primero, porque tal y como ya advertimos, aquella tarifa se encuentra regulada por el mismo Estado, y tanto el notario como el usuario están obligados frente al Decreto mencionado; y segundo, porque el fedatario está obligado por imperativo de ley (Código Notarial) a seguir el procedimiento establecido (forma de la forma) para la validez y eficacia del instrumento público. Él no puede inventar el procedimiento, no puede obviarlo; no actúa en ese ámbito dentro del principio de autonomía de la voluntad, sino más bien bajo el freno del principio de legalidad.

Con el objeto de explicar cómo una persona privada ejerce funciones públicas, el maestro Ortiz

Ortiz hace referencia a un conjunto de doctrinas que intentan analizar tal situación. Y así manifiesta que:

"Según la teoría orgánica, la intermediación entre éste (el Estado) y sus órganos llega al extremo de que no sólo los efectos jurídicos sino también la conducta misma del individuo-órgano es propia del Estado; según la doctrina de la representación común, únicamente es imputable al Estado el efecto jurídico —y no la conducta-del agente público. Pero hay, en todo caso, una relación estrecha de identidad entre Estado e individuo, a través de la conducta del último.

Una doctrina ha pretendido extender al privado que ejerce funciones públicas, la noción de órgano. Se trataría del llamado órgano indirecto, que se llama tal porque imputa al Estado los resultados reales (no jurídicos) de su conducta, pero no ésta ni los efectos jurídicos de ésta. El órgano sería el agente de realización de los fines del Estado, cuya conducta y efectos se imputan a él y no al Estado. Una extinción de este tipo es admisible, porque contiene una descripción adecuada del fenómeno jurídico en estudio; pero resulta inútil, porque intenta acomunar figuras subjetivas cuyo régimen jurídico, como conjunto de reglas aplicables, es totalmente diverso. El particular que ejerce funciones públicas o presta servicios públicos no es un funcionario público ni un órgano público, sino precisamente un particular extraño a la organización pública, lo que es su nota decisiva y distintiva...

Otra doctrina (Miele) ha pretendido encontrar un caso de sustitución jurídica en el ejercicio privado de funciones públicas. Hay sustitución cuando un sujeto ejerce las situaciones jurídicas de otro, a nombre de éste, pero en interés propio. Su ejemplo mejor está en la llamada acción oblicua, por virtud de la cual un acreedor no satisfecho puede ejercer los derechos de su deudor contra los deudores de éste, pero para apropiarse del producto de la litis y satisfacer su acreencia... En esta hipótesis, la conducta del sustituto y sus efectos son imputables al sustituido, pero los resultados reales se refieren e imputan al sustituto. Este se apropia de los mismos. El supuesto se da también en el campo del derecho público, con el llamado contralor sustitutivo... En todo caso para que haya sustitución, sea cual sea la tesis que se admita sobre las condiciones y efectos con que se da la figura, es necesario que haya una competencia o situación jurídica común entre sustituto y sustituido, sea porque aquel opera con derechos y obligaciones propias de éste (caso del acreedor citado), sea porque aquel tiene derechos y obligaciones iguales y paralelas a los de éste, al menos en circunstancias extraordinarias (caso del contralor sustitutivo con doble competencia, una ordinaria del sustituido y otra extraordinaria del sustituto).

La traslación de la figura de la sustitución al campo del ejercicio privado de funciones públicas tiene un doble defecto, según lo expuesto: a) supone que hay una imputación al Estado de la conducta del particular que ejerce dichas funciones, lo que no corresponde con la realidad, porque en este fenómeno la entidad privada continua siendo la única dueña de su conducta y consecuencias, sobre todo jurídicas y b) supone que hay una competencia común entre Estado y particular activo en el ejercicio de funciones públicas, lo que no siempre es cierto, pues hipótesis se dan en que este último ejerce funciones y realiza gestiones que el Estado no tiene competencia -ni ordinaria ni extraordinaria- para poner en operación, como el caso de los ... notarios, etc."

Sin desear adoptar la tesis de Miele, sin embargo, el doble defecto señalado por Ortiz presenta a su vez sus inconvenientes, primero porque si bien es cierto que en el caso del notario no existe una imputación al Estado de la conducta de aquel, sin embargo según ya advertimos arriba, el notario no es dueño de su conducta como fedatario público. Él debe por imperativo del Código Notarial, ajustaría al procedimiento (forma de la forma) ahí señalado por el mismo Estado a través del legislador.

Y segundo, aunque también sea cierto que el notario realiza operaciones que el Estado no realizaría si ejerciera por él mismo la fe pública, como son por ejemplo las obligaciones de asesorar y dirigir la voluntad de los otorgantes; sin embargo, la finalidad primordial del servicio público que realiza el notario -mediante depósito del Estado-; es decir, la fe pública, sí es una competencia que ejercen ambos.

Entonces, su naturaleza jurídica, al tenor de los numerales 1 y 2 del CN, es el de un servicio público ejercido privadamente por un profesional en Derecho, habilitado para ello por el mismo Estado; es decir, el notario público, profesional en derecho, habilitado legalmente para ejercer la función notarial. Habilitado a través de un depósito de una función que objetivamente le compete al Estado única y exclusivamente.

Por otra parte, señala Ortiz Ortiz: "En el ejercicio privado de funciones o en la prestación privada de servicios públicos, un particular ... actuando en nombre propio y por regla general (aunque no necesariamente) por cuenta propia, realiza actos de imperio o prestaciones materiales, conservando plenamente la titularidad de la conducta correspondiente con todos sus efectos jurídicos, que sólo a él se imputan para todo efecto legal. Se trata simplemente de una descentralización en beneficio de entidades privadas. El particular imputa al Estado, al ente menor o a la comunidad, los resultados reales de su conducta, que pasan a beneficiar a estos últimos o ingresan al patrimonio de un administrado o grupo de administrados. Se trata de un particular al servicio de la comunidad, pero con la calidad de particular y no con la de ente ni agente públicos. A esta figura GIANNINI la ha llamado acertadamente el *munus publico*" (la negrita no es del original).

Advierte asimismo el citado maestro que, la figura parecida al *munus* es el ente público menor; y que en ambos casos hay un ente distinto del Estado, que actúa a nombre propio, buscando fines que pueden coincidir o no con los del Estado.

En el caso sub examine, según ya analizamos, los fines que pretende este *munus*, deben necesariamente coincidir en ésta materia, con los del Estado, porque aquellos vienen predeterminados en el régimen jurídico especial de Derecho Público que le es aplicable: Código Notarial (arts. 30 y 31 que determinan la competencia material de la función: dar fe pública); y porque según ya advertimos, la función notarial objetivamente le compete al Estado, quien lo ha depositado en el fedatario.

Agrega Ortiz al respecto, "... pero es posible también que haya un *munus* con fines personales y



privados, como el caso del concesionario, que actúa para la obtención de un lucro empresarial." En el caso del ejercicio privado de funciones públicas, el núcleo de acción es ante todo un particular (notario), de origen independiente de todo acto jurídico estatal, y cuya consecución de fines son por entero independientes de los del Estado. Aquel particular actúa para fines no institucionales ni públicos, afirma Ortiz Ortiz, en cuanto desvinculados del Estado y vinculados únicamente a su voluntad y a la tabla de valores y prioridades que ha escogido libremente.

De nuevo, contrariamos la tesis sostenida por el Prof. Ortiz, pues nos parece que el notario NO nace con independencia de acto jurídico estatal; al contrario, en la actualidad es la DNN, dependencia administrativa estatal, la que a través de un acto administrativo lo legitima al ejercicio privado de su función pública, mediante la habilitación, cuyo objeto es autorizar al notario para ser y ejercer como tal.

Por otra parte, volvemos a reiterar que en el caso del notario, los fines perseguidos no son independientes de los del Estado, porque desde que el CN ha establecido entre otros, en los numerales 30 y 31 la fe pública como fin legal del fedatario, entonces, resulta obligado por ello (incluida la actividad certificadora, y la atípica en sede de actividad judicial no contenciosa).

Además, los fines perseguidos por el fedatario como tal son públicos, pues se trata del ejercicio de una competencia depositada en él, de verdad pública, que interesa no sólo a toda la comunidad, sino también al Estado mismo.

No es cierto en ese sentido, que dichos fines se encuentren vinculados únicamente a su voluntad, porque como ya advertimos, al menos en su función de fedatario, aquel no la ejerce dentro del ámbito del principio de autonomía de la voluntad; sino más bien, apegado estrictamente al principio de legalidad.

Y finalmente, no es cierta tampoco la afirmación que el notario actúa ajustado a una tabla de valores y prioridades que ha escogido libremente, porque aquellos le vienen -asimismo-, impuestos por aquel régimen jurídico especial de Derecho Público (Código Notarial) y las directrices de la DNN. Que él haya escogido libremente dedicarse a la labor profesional del notariado no significa que, una vez investido y legitimado, pueda con su libre albedrío, determinarse su propia tabla de valores y prioridades en dicho ejercicio; véase en ese sentido la Directriz 004-01: Reglamento Etico Moral. Asimismo, recordemos los principios de rogación, unidad del acto, intermediación y legalidad; y los deberes funcionales de identificación, asesoramiento, estudios registrales e inscripción registral que le aplican por imperativo legal.

Con relación a la clasificación de casos del ejercicio privado de funciones públicas, señala Ortiz Ortiz que: "... i) Actividad principal (profesional). Es la hipótesis del notario y del concesionario del servicio público, que hacen del ejercicio de la fe pública y de la prestación de un servicio público, respectivamente el contenido normal y necesario de su ocupación profesional. En Costa Rica, el notariado es libre, en cuanto todo abogado que pase una información de buena conducta puede ser notario. No hay régimen general... de servicio público ... del notario ..."



Según lo señalamos arriba, al momento del análisis del munus público, notario público, por parte del Dr. Ortiz, no conoció el Código Notarial por obvias razones. De modo que, lo señalado por aquel con relación a la actividad principal no es del todo atinado en la actualidad. A la fecha, al tenor del numeral 3 CN, el notario debe cumplir amén de comprobar fehacientemente ser de buena conducta, otra serie de requisitos que lo acercan cada vez más al citado principio de legalidad, y a un régimen de Derecho Público.

Ya no basta simplemente comprobar la buena conducta; debe además, tener oficina abierta al público, poseer residencia fija en Costa Rica, no tener impedimento legal para el ejercicio del cargo (artículo 4 CN52). También, ser licenciado en Derecho, poseer un posgrado en Derecho Notarial y Registral, estar incorporado al Colegio de Abogados de Costa Rica al menos durante dos años, y con la misma antelación haber solicitado la habilitación para ejercer el cargo de notario. Amén de que la DNN tiene competencia exclusiva para aprobar o no la autorización para ser y ejercer como notario, decretar la inhabilitación del fedatario por pérdida de la vigencia de función en el notario, y registrar el estado activo o no de aquel.

En su análisis, el Dr. Ortiz señala -ateniéndose para ello a ALESSI-, el régimen del fenómeno analizado; y entonces distingue entre:

Posición jurídica del particular frente a la Administración Pública:

a) Deber del ejercicio de la función o prestación del servicio público, excepto renuncia de la actividad profesional (imposible en los casos de munera obligatorios).

De conformidad con las nuevas reglas del CN, es cierto que el ejercicio de la función notarial es un deber, así lo señala el numeral 6 cuando advierte que además de las obligaciones y los deberes resultantes de la presente ley, los notarios están obligados a brindar los servicios que se les requieran. Pero que solo cese por renuncia de la actividad profesional ya no lo es tanto, pues según lo dispone el ordinal 13 CN, los notarios serán inhabilitados temporalmente cuando: a) Sean suspendidos disciplinariamente por la DNN; b) Surja algún hecho que conforme al art. 4 CN (impedimentos) impida el ejercicio de la función notarial; c) Abandonen el país por más de seis meses; d) Lo soliciten voluntariamente.

b) Sujeción a contralores administrativos, con el objeto de asegurar se logre el fin público perseguido, de acuerdo con las modalidades y formas establecidas.

El notariado es una actividad colectivamente organizada según un modo jerárquico. Al respecto, la DNN y los fiscales notariales ejercen dicha labor. Asimismo, la facultad otorgada a aquella Dirección por el ordinal 22 en relación con el inciso d) del art. 24 CN, establece de forma más clara,

aquel control y fiscalización.

c) Sujeción a potestad disciplinaria. En éste sentido, la DNN es la dependencia administrativa estatal a quien la ley le otorga dicha potestad disciplinaria, según lo dispuesto en el art. 24 inciso e) en los supuestos previstos por el mismo CN.

Sin embargo, se han presentado a esta fecha algunos conflictos de competencia entre aquella autoridad administrativa y la autoridad jurisdiccional (Juzgado Notarial).

Específicamente el problema a dilucidar versó sobre quién debía ser la autoridad juzgadora frente al caso de un notario que cartuló hallándose suspendido en el ejercicio de su función pública, y en concreto a quién compete imponer la sanción prevista en la norma del artículo 145 inciso b) del Código Notarial; al respecto ha sostenido la Sala Primera de la Corte:

"... En el caso bajo examen, la conducta recriminada, sea la del Notario que cartuló hallándose suspendido en su ejercicio, no corresponde con ninguna de las figuras de impedimento descritas en el artículo 4. Empero, en tesis del Juez, constituiría un quebrantamiento a lo dispuesto en el inciso b) del artículo 3, porque habría actuado tendiendo impedimento legal para hacerlo. Esta posición no es muy consistente y la Sala no puede prohibirla, por las razones que enseguida se exponen... El irrespeto a una sanción impuesta, es mucho más que la ausencia de un requisito para el ejercicio de la función. No es lo mismo, verbigracia, que no tener residencia fija en el país u oficina abierta al público. En general esos requisitos del artículo 3 dicen de omisiones más que de acciones. Sería absurdo equiparar el suceso aquí examinado con la del notario que cartula sin estar al día con el pago de las cuotas del Fondo de Garantía. Pero de toda suerte si el artículo habla de "impedimento legal" obvio es que se refiere a los impedimentos que el mismo Código contempla, sea a los descritos en el inciso 4, en ninguno de los cuales, como se expuso, se encuentra la conducta denunciada... El Código Notarial contempla cinco niveles de sanción con suspensión, en los artículos 143, 144, 145, 146 y 147, referidos, en forma gradual, a conductas cada vez más graves y consecuentemente merecedoras de penas más severas. No dice el Código cuáles competen a la Dirección y cuáles al Juzgado, pero racional y lógicamente vale asumir que las conductas de un mismo nivel las ha de conocer y juzgar un mismo órgano y asimismo que al Juzgado corresponderán las sanciones mayores. Con esto al menos se tiene un criterio de selección, que aunado a lo que disponen los artículos 140 y 141, permite encontrar una salida al problema empeñado... Partiendo de lo anterior y examinando en detalle lo que disponen aquellos artículos, puede advertirse que las conductas sancionadas con suspensión menor, vale decir las del ordinal 143, se acomodan precisamente, al ámbito de competencia de la Dirección Nacional de Notariado descrito en forma general en el pluricitado artículo 140. Todas ellas, en efecto, pueden reconducirse a un impedimento, a la ausencia de un requisito o condición para el ejercicio del notariado, o importan el incumplimiento de lineamientos, directrices o exigencias dispuestas por la propia Dirección u otra Dependencia o tienen que ver con la falta de presentación de índices. No ocurre lo propio con las descritas en los artículos siguientes, cuya gravedad y trascendencia no solo es palmariamente mayor, sino que difícilmente hallan cabida en aquel cuadro general de competencia de la Dirección... La conducta atribuida al denunciado ...es haber éste cartulado irrespetando la suspensión que se le había impuesto. Esa conducta está tipificada en el inciso b) del artículo 145 del Código de repetida cita. Consecuentemente, es un hecho que debe ser juzgado

y sancionado por el Juez Notarial y no por la Dirección..." Sala Primera de la Corte, resolución 000498-C-00 de las 9:05 hrs. del 30 de junio del 2000.

d) Sujeción a órdenes y directrices. Según ya señalamos, corresponde a la DNN dicha facultad, y su acatamiento es vinculante para el notario público; que constituyen realmente según lo ha interpretado la Sala Constitucional un verdadero poder reglamentador de la función notarial en los ámbitos de competencia otorgada por la ley a la Dirección. Esta facultad también encuentra resonancia en las consultas evacuadas por la Dirección.

e) Derecho frente a la Administración Pública de prestar el servicio o ejercer la función atribuida. Todas las normas referentes a la investidura y habilitación del notario establecidas en el Código de repetida cita, van dirigidas a alcanzar tal derecho. 56

Posición jurídica del particular (notario) frente a los particulares:

a) Naturaleza objetivamente administrativa de los actos del particular que se refieren al ejercicio de la función o del servicio, con el régimen consiguiente; por ejemplo: ejecutoriedad de los actos del encargado, a la par de otros actos administrativos.

Al respecto, debe señalarse que la actividad propiamente de fedatario público, implica la naturaleza administrativa del acto notarial, porque en él, el notario utiliza la competencia depositada por el Estado para legitimar y autenticar los actos en los que intervienen, para lo cual goza de fe pública. Y en virtud de la fe pública, se presumen ciertas las manifestaciones del notario que consten en los instrumentos y demás documentos autorizados por él.

Debe recordarse que la escritura pública es el acta expedida, con las solemnidades de ley, por un fedatario público competente para instrumentarla, y que con relación a su eficacia deriva de aquella la fecha cierta (da fe plena de su fecha, lo que simplifica la prueba), la fuerza probatoria (da fe de su contenido, y sólo puede tacharse de falsa mediante un procedimiento judicial) y la fuerza ejecutoria (el art. 438 del Código Procesal Civil dispone que es título ejecutivo el testimonio de una escritura pública no inscribible debidamente expedida, o, en su caso, la certificación de este testimonio).

Asimismo, el notario en el ejercicio del servicio público presta función certificadora al tenor del numeral 110 del Código Notarial que, en esencia, es un acto puramente administrativo.

b) La tutela penal reforzada del particular (notario), que es la misma que protege a los que ejercen funciones o servicios públicos como órganos de la Administración. En opinión de Ortiz Ortiz, en Costa Rica: "... tal característica no se desprende de los artículos 352 y siguientes del Código Penal. En consecuencia, la tutela penal reforzada no es nota distintiva del mitnus público, salvo



texto expreso en contrario."

Sin embargo, el numeral 17 del Código Notarial dispone que compete a los tribunales penales establecer la responsabilidad penal de los notarios conforme a la ley. De donde se sigue que, en aplicación del citado cuerpo de leyes, en la actualidad sí existe una tutela penal reforzada del particular (notario), sobre todo cuando existen tipos penales en los cuales se podría encuadrar la conducta ilícita penal del notario como fedatario público (v.g los artículos 182, 329,330,339; y en particular los delitos previstos en los numerales 357 a 363 todos del Código Penal).

c) El ejercicio de poderes de policía de parte del encargado de la función o servicio (notario), con posibilidad de aplicación de sanciones pecuniarias. Característica en particular que con relación al notario no está permitida por la ley; y en razón de lo cual, su eficacia es nula en nuestro medio.

d) La naturaleza pública de la relación entre encargado (notario) y público usuario, salvo que la relación se refiera a un servicio de tipo industrial o mercantil, en cuyo caso será privado el régimen respectivo.

Según ya analizamos, la naturaleza jurídica de la relación notarial es eminentemente pública, en razón no sólo de la competencia y finalidad de la misma; sino además, en virtud del régimen jurídica especial de Derecho Público aplicable (incluyendo temas, tales como la responsabilidades, tarifas, deberes del notario, etc., que son de naturaleza pública).

e) La obligación de ejercer la función o prestar el servicio a todo el que lo solicite, en condiciones reglamentarias o en igualdad de condiciones⁵⁸ con otros usuarios.

Se ha señalado por una parte, el deber de los notarios de brindar los servicios que se les requieran, de lo cual solo pueden excusarse por causa justa, moral o legal, siendo todos los días y las horas hábiles para el ejercicio de la función notarial; y por otra que, la persona autorizada para practicar el notariado debe hacerlo con sujeción a las regulaciones del presente código y cualquier otra resultante de leyes especiales.

En definitiva, según ya advertimos, el notario no es un funcionario público strictu sensu; es decir, no encuadra en el tipo previsto por el numeral 111 de la Ley General de la Administración Pública, ni tampoco en la del funcionario de hecho establecido por el ordinal 115 de aquella misma Ley. Se trata de un profesional en Derecho que investido por la administración (DNN), ha recibido en depósito una competencia pública: la de fedatario público, que organiza y desarrolla bajo el esquema de una empresa privada (función pública ejercida privadamente), pero bajo un régimen jurídico especial de Derecho Público (Código Notarial y otras leyes especiales aplicables), en lo atinente propiamente a su función pública.

Conclusión



El análisis realizado del notario público como particular que ejerce una función pública advierte, sin lugar a dudas, que se trata de un prestador privado de un servicio público. No sólo el concepto sino además, los caracteres que lo definen son aplicables al ejercicio de la función notarial.

Debe tomarse en consideración al respecto que, nos hemos centrado en la fe pública notarial como el fin público depositado por el Estado en ese particular. Pero el notario también realiza por imperativo de ley, otra serie de deberes funcionales, como son los de identificación, asesoría, estudios registrales, inscripción registral, y el de dirección de la voluntad de las partes para conseguir la legitimidad del negocio, que tienen una relación directa con la fe pública en él depositada y el servicio público que debe cumplir.

En todo caso, al tenor de los numerales 30 y 31 del Código Notarial que regulan la competencia material del Notario, no cabe duda de que, aquella fe pública en él depositada por el Estado, es suficiente para afirmar que presta un servicio público a la comunidad.

Ahora bien, si se trata de un funcionario público en el sentido estricto del término; es decir, si se enmarca dentro del marco normativo de la Ley General de la Administración Pública, es obvio que la respuesta es negativa, desde que el mismo régimen jurídico especial de Derecho Público que regula el notariado, sea el Código Notarial, lo define como una función pública ejercida privadamente; haciendo referencia en ese sentido a la doctrina del Derecho Administrativo que desarrolla el concepto de munera publica.

El señalado concepto nos enseña que existen ciertas potestades públicas (fe pública), que han sido previamente habilitadas legalmente (Código Notarial), a favor de particulares profesionales en Derecho (Notarios Públicos), que la ejercen de manera permanente (salvo los casos de inhabilitación).

El munera publica notario ejerce, privadamente funciones públicas a nombre propio y por cuenta propia, a diferencia del funcionario público que actúa a nombre y por cuenta de la administración pública.

Se afirma -según vimos-, que actúa por sí y para sí mismo; sin embargo, solo hemos concordado con dicha afirmación en cuanto el notario es la génesis de su propia organización empresarial que debe, necesariamente iniciar y mantener durante todo el ejercicio de su función notarial; pero que desde la perspectiva del ejercicio mismo de aquella y del servicio por él prestado, sus derechos y deberes se hayan enmarcados por el régimen jurídico especial de Derecho Público aplicable, cual es el Código Notarial, en principio, más el resto de leyes concordantes y directrices dictadas por el órgano administrativo fiscalizador (dependencia del Poder Judicial), cual es la Dirección Nacional del Notariado.

Y en ese sentido hemos sostenido que el quehacer de la prestación del servicio público función

notarial se realiza más propiamente en el ámbito del principio de legalidad, que del principio de autonomía de la voluntad. Tanto es que, la misma doctrina notarial enseña que el notario en el desarrollo de su función propia, no puede alejarse del procedimiento señalado por la ley para la instrumentalización del documento notarial de que se trate.

Por tratarse el Derecho Notarial de un Derecho de la forma para la forma, es un derecho eminentemente público. De donde se sigue que el obligado por aquella forma en primera instancia es el notario, quien como profesional en Derecho resulta un perito legal adscrito necesariamente al procedimiento preestablecido por ley."

b) Naturaleza del notario y consecuencias de la aplicación de la Munera Publica

[INFANTE MELÉNDEZ]²

Naturaleza del notario costarricense

De la lectura del artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública se deduce lo que debe entenderse por funcionario o servidor público:

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

Correlacionando esta definición de servidor o funcionario público, con la definición de notario, se deduce lo siguiente:

La representabilidad no se le aplica, pues el notario no forma parte de la Administración, actúa por cuenta y riesgo propio, sin que sus actuaciones comprometan al Estado. Por eso cuando el notario comete una irregularidad, el estado no es solidaria ni subsidiariamente responsable con él, ya que el notario no es considerado representante del Estado.

El imperio es el poder del Estado, quien a través de sus servidores, dicta actos que se imponen a los destinatarios obligatoriamente. Tampoco se aplica al notario, ya que no impone mandatos a las personas que acuden ante él, sino por el contrario actúa a petición o a ruego de parte.



La remuneración es el pago que el Estado realiza a quien presta un servicio en su nombre. Es incompatible con el notario, ya que no hay un régimen de empleo público, que convierta a aquél en asalariado del gobierno, pues los honorarios que percibe los recibe de los particulares que le rogaron el servicio.

La designación del servidor se da mediante un acto válido y eficaz de investidura, que se adquiere por nombramiento o elección. El notario no es nombrado ni electo, sino que ingresa a cumplir con una función pública, a través del acto administrativo llamado habilitación. Este es conocido como la autorización para el ejercicio de una función pública, en este caso el notariado, como bien se señala en el artículo 2o del Código Notarial:

"el notario público es el profesional en derecho, especialista en derecho notarial y registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial".

Como puede observarse, del análisis anterior, no se puede catalogar al notario como un funcionario público. Incluso, esta afirmación ha sido ratificada por nuestros jueces en materia administrativa, y quiénes mejor que ellos para determinar la naturaleza de funcionario público o no de un profesional en el ejercicio de su profesión:

"El notariado es ejercicio privado de la función pública, por lo que los notarios no son funcionarios públicos, aunque si tengan una especial relación de sujeción por ese motivo".(El enmarcado no es del original).

A pesar de lo anterior, la directriz número 004-2000, del 20 de julio del 2000, dictada por la Dirección Nacional de Notariado, establece que:

"el notario público está aceptado como un funcionario público dentro de un régimen especializado. Se le señala o define como funcionario público, por cuanto ejerce privadamente una función pública, con uso de un poder público, a través de la fe pública. Es un funcionario público por delegación".

Sin embargo, en esta misma directriz se afirma que:

"el notario está obligado a tener oficina abierta y no puede ser funcionario público, salvo las únicas excepciones contenidas en los incisos a y b del artículo 50 del Código Notarial".

Parece un poco contradictoria, pues de acuerdo a la primera afirmación, el notario ya es funcionario público, lo que se le impediría realmente es realizar otra función pública.

El mismo Código Notarial establece, en su artículo 10, que el notariado público es una función pública ejercida privadamente. Luego afirma que el funcionario habilitado asesora a las partes. Como bien se puede notar no hay duda que el notario ejerce una función pública, pero en ningún momento se afirma que es un funcionario público, aunque sí le llame funcionario, pero en relación al cumplimiento de una función.

Asimismo, en el artículo 20 del Código Notarial, al definir al notario público, no se afirma que es un funcionario público. Más bien se afirma que es el profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial.

Incluso la jurisprudencia afirma que la incompatibilidad que se da, misma a la que se refiere la Directriz 004-2000:

"es un conflicto entre ser funcionario público y simultáneamente ejercer otra función -que también es pública- como es la del notario".

La misma Sala Constitucional ha sostenido que:

"Debe tenerse presente la naturaleza de la función notarial, que la Sala entiende como el ejercicio privado de una función pública... Es una función que se ejerce por delegación y con supervisión del Estado".

Como se puede notar del tratamiento legal, jurisprudencial y sobretodo doctrinal, al notario público no se le puede considerar un funcionario público, pero a la vez es claro que ejerce una función pública. De ahí que fácilmente algunas personas o entes, como la Dirección Nacional de Notariado, considere al notario como un funcionario público. Si se considerara funcionario público, el Estado sería responsable por sus actuaciones, situación que no se da en nuestro Ordenamiento.

Del análisis anterior se desprende que el notario es un profesional que ejerce una función pública de manera privada, pero que no es un funcionario público. Es dirigido, controlado, evaluado, tiene responsabilidad administrativa, no puede negarse a brindar el servicio, etc, no por ser funcionario público, sino por la función pública que ejerce.

La anterior afirmación no impide el control estatal de la función notarial, ni la responsabilidad administrativa por ésta, pero sí podría darse la interrogante de si al aplicar las agravantes en los delitos penales, por supuestamente ser funcionario público, es una correcta interpretación del Derecho. De ahí la afirmación, para algunos errada, de: "somos funcionarios pero no públicos"; sin embargo, como se ha expuesto, no está lejos de la realidad jurídica costarricense.

Diferente es el caso de los notarios consulares, porque este sí es un funcionario público, ya que en

él si se dan las características ya analizadas, como lo son la representatividad, la potestad de imperio, la remuneración y la designación. Por esta razón, es que en Costa Rica a estos funcionarios no se les debería llamar "notarios", sino seguir la legislación española, que les denomina "funcionarios públicos con funciones notariales", pero este tema podría dar origen a otro trabajo de investigación.

Justificación legal y consecuencias de la aplicación de la tesis de la "munera publica" al notario

Tomando en cuenta el análisis de las diferentes tesis sobre la naturaleza de la función notarial y del notario mismo, se debe analizar si es legalmente aplicable la tesis de la "Munera Publica", al ejercicio de la profesión natural.

En síntesis, se puede afirmar sin problema ni posición contraria alguna, que el notario ejerce una función pública. También, que el notario es un profesional que ejerce su función de manera privada. El dilema es si se considera un funcionario público o no. De acuerdo a la doctrina administrativista, no se le debería considerar como tal; la cual es seguida por los jueces administrativistas y un grupo importante de notarios públicos, especialmente los que realizan su especialización. De acuerdo a la doctrina notarialista, sí se le debe considerar un funcionario público, teoría seguida por la Dirección Nacional de Notariado y los jueces en material penal de nuestro país. Un ejemplo de lo anterior, es lo sostenido por la Sala III:

"El autor de los delitos de falsificación de documento público y uso de documento falso, según la descripción contenida en los artículos 357, en su forma simple, y 363 del Código Penal, no necesariamente debe ser un funcionario público... Al tenerse por demostrado que el imputado es abogado y notario público y que prevaleciéndose de su condición de notario público, según el título que lo acreditó como tal, utilizando el protocolo que le otorgó por esta razón, la Corte Suprema de Justicia, aun suponiendo que estaba suspendido al momento de sus actuaciones, realizó varias escrituras de contenido falso, es claro que el imputado actuó prevaleciéndose de su condición de funcionario público y de los instrumentos que al efecto tenía por ostentar la calidad de Notario Público. "

Sin embargo, nuestro Código Notarial y la misma Sala Constitucional, no han determinado al notario como un funcionario público, pues nunca lo ha llamado de tal forma. En todo caso, sería un funcionario público de carácter especial, ya que por ejemplo, en derecho penal, sí se le aplican las agravantes en los delitos cometidos por funcionarios públicos, pero en material civil, el Estado no es solidariamente responsable con el notario, cuando éste comete una falta. Ejemplos como el anterior, son los que hacen dudar sobre la naturaleza del notario.

El no considerar al notario como funcionario público, solamente produciría en cambio sustancial en nuestro ordenamiento; ésta es la inaplicabilidad de la agravante en los casos de delitos de falsedad, la cual es aplicada a los funcionarios públicos. Este cambio no afectaría a los notarios



consulares, pues como se indicó anteriormente, éstos si son funcionarios públicos. No se quiere afirmar con esto, que no debería existir la agravante; pues de acuerdo a la magnitud de la importancia de la función notarial, ésta debería protegerse con los mejores mecanismos legales. Sin embargo, con la normativa vigente, la agravante establecida para los funcionarios públicos que comentan delitos contra la fe pública, no es aplicable al notario.

El Dr. Eduardo Ortiz Ortiz ha afirmado que es posible la tutela penal reforzada del particular, de manera expresa, que es la misma que protege a los que ejercen funciones o servicios públicos como órganos de la Administración. En nuestro país esta característica no se desprende de nuestro Código Penal.

De acuerdo al Derecho Penal, no se puede aplicar la analogía, con fundamento en el artículo 1° del Código Penal, lo que haría imposible aplicar la agravante aplicada a los funcionarios públicos en los delitos de falsedad, por la razón de realizar una función pública. No es lo mismo realizar una función pública que ser funcionario público.

Esta diferencia, puede significar en el pensamiento de algunas personas, que se estaría desprotegiendo la Fe Pública, analizada anteriormente, sin embargo, ésta sigue protegida, pues el delito persiste. Lo que desaparece es la agravante por la investidura de funcionario público que tiene el actor de la falsedad, sin embargo, como ya se estudió antes, el notario carece de la misma.

La relación del notario con los entes públicos de la Administración, no se vería afectada por la aplicación de la tesis administrativa de la "Munera Publica", antes estudiada, pues la especial distensión entre las partes se encuentra en si la función notarial puede ser regulada por un ente público o no. Como se estudió antes, bajo esta teoría se mantienen los siguientes aspectos, propios del ejercicio de la función notarial:

- a) La obligación de ejercer la función o prestar el servicio público, salvo que renuncie a esa actividad profesional, en el caso de los notarios estamos frente al principio de rogación, contenido en el artículo 36 del Código Notarial.
- b) Sujeción a contralores administrativos, para asegurar que se logre el fin público perseguido, de conformidad con las modalidades y formas establecidas, en el caso de los notarios, se establece en todos los incisos contenidos en el artículo 24 del Código Notarial.
- c) Sujeción a potestad disciplinaria de la Administración, en el caso del ejercicio de la función notarial, nos referimos a la potestad disciplinaria de la Dirección Nacional de Notariado, contenidas en el inciso e) del artículo 24 del Código Notarial.
- d) Sujeción a órdenes y directrices de la Administración, en el caso en particular, potestad otorgada a la Dirección Nacional de Notariado, por el inciso d) del artículo 24 del Código Notarial.



Incluso, así determinado por la Sala Constitucional:

"La Dirección Nacional de Notariado, como dependencia del Poder Judicial y rectora de la actividad notarial en todo el país, tiene la potestad de emitir directrices (con jerarquía de orden reglamentario, según se dijo antes) de acatamiento obligatorio para los notarios públicos y las instituciones públicas que se encargan de recibir y tramitar los documentos notariales. La inobservancia de las directrices, lineamientos y exigencias de esta Dirección, motiva la aplicación del régimen disciplinario sobre los notarios públicos."

e) Derecho frente a la Administración Pública de prestar el servicio o de ejercer la función atribuida, el cual constituye el único derecho establecido por el Código Notarial a favor de los notarios, regulado en los artículos 10 y 11 del Código Notarial.

En cuanto a la relación del notario con los usuarios, tampoco se ve afectado por esta tesis, ya que la naturaleza de los actos otorgados ante el notario siguen siendo de carácter público. Si bien no por ser efectuados por un funcionario público, por ser producto del ejercicio de una función pública.

Además, se mantiene la obligación, objetiva y ya no subjetiva, del notario de brindar el servicio a quien se lo solicite, salvo las excepciones de carácter legal, posibilidad contenida en el artículo 36 del Código Notarial.

Podría afirmarse, que si se aplica la tesis de la "Munera Publica" no se afecta la función de ningún ente estatal, especialmente de la Dirección Nacional de Notariado. La única diferencia sería la inaplicabilidad de la agravante de los delitos penales cometidos por funcionarios públicos al notario, pues en realidad no lo es, como se ha demostrado a lo largo de esta exposición.

En conclusión, el notario ejerce una función pública, a pesar de ser un profesional de carácter privado, es decir, sin relación de jerarquía con respecto al Estado. No puede ser considerado como funcionario público, ya que no cumple con las características propias de tal servidor, por lo que el efecto de sus actuaciones no son iguales.

Sin embargo, al aplicarse la tesis de la "Munera Publica", que es la más ajustada al ejercicio profesional del notario, éste siempre está sujeto al control y disposiciones tomadas por la Dirección Nacional de Notariado. Pues si bien no es un funcionario público, realiza una función pública.

La aplicación de esta tesis, nos explica varios aspectos, pero sobretodo nos daría un lineamiento de igual aplicación en todos los casos en que se presente una relación entre el Estado, el notario y los usuarios. Con base en esta tesis, podemos entender varios aspectos, como por ejemplo, por qué razón el notario no tiene respaldo del Estado en la responsabilidad de sus actuaciones, por qué estamos sujetos a un control y fiscalización de un ente adscrito al Poder Judicial, como lo es la Dirección Nacional de Notariado. También por qué razón al notario, no se le deben aplicar las



agravantes penales, que están dirigidas al funcionario público, en los tipos en que se protege la fe pública.”

3 Jurisprudencia

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

[SALA SEGUNDA]³

Resolución: 2009-001017

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA . San José, a las diez horas treinta y cinco minutos del siete de octubre de dos mil nueve.

Proceso de inhabilitación para el ejercicio de la función notarial promovido por la Dirección Nacional de Notariado, contra la licenciada MARÍA DEL MILAGRO CANTILLANO VILLALOBOS.

RESULTANDO:

1. Por resolución nº 1649-2009 de 11:31 horas de 10 de julio de 2009, la Dirección Nacional de Notariado decretó la inhabilitación en el ejercicio de la función notarial de la licenciada María del Milagro Cantillano Villalobos.

2.-Conoce esta Sala, en virtud del recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria contra la resolución dictada por la Dirección Nacional de Notariado; conforme a la competencia que en esta materia le otorga el numeral 11 del Código Notarial.

Redacta la Magistrada Villanueva Monge; y,

CONSIDERANDO:

I.-De importancia para resolver la impugnación planteada se tiene por demostrado: 1) Que la notaria María del Milagro Cantillano Villalobos labora para la Caja Costarricense de Seguro Social, desempeñando actualmente el puesto de Técnica graduada en Tecnologías de Salud, en el

Hospital San Juan de Dios. 2) Su nombramiento es en propiedad, con un horario de lunes a jueves de 6 am a 3 pm; y de viernes 6 am a 2 pm (certificación a folio 18).

II.-AGRAVIOS DEL RECURSO: La resolución inhabilitadora, dictada por la Dirección Nacional de Notariado, tiene fundamento en la condición de funcionaria pública, con nombramiento en propiedad, que tiene la notaria Cantillano Villalobos en la Caja Costarricense de Seguro Social. Además, de que la citada profesional no se enmarca dentro de los supuestos de excepción establecidos en el numeral 5, del Código Notarial. En la impugnación planteada, la notaria Cantillano Villalobos alega cumplir los requisitos mencionados en el citado artículo 5, a saber, ser contratada a plazo fijo, no estar sujeta al régimen de servicio civil, no recibir compensación económica por prohibición y no existir superposición horaria; por lo cual no le asiste ningún impedimento para el ejercicio del notariado. En su lugar, menciona que cumple todos los requisitos que la Sala Constitucional reiteró en el voto n° 13672-2004.

III.-Sobre el impedimento para el ejercicio del notariado de los funcionarios públicos.-

Un análisis del contexto histórico que circundó la promulgación del Código Notarial, donde era evidente la proliferación de la participación estatal en la economía nacional a través de estructuras propias del Derecho Privado; así como el criterio mantenido hasta ese momento por la derogada Ley Orgánica de Notariado y apoyado por la Sala Constitucional (en este sentido el voto n°. 649-93, de 14:45 horas de 9 de febrero de 1993) sobre la conveniencia de impedir el ejercicio conjunto de dos funciones que se estiman públicas, es decir, de un cargo dentro de la Administración Pública y la función notarial, permite entender que la intención del legislador que aprobó el Código Notarial fue en el mismo sentido de mantener el citado impedimento, con la expresa indicación -no contenida en la ley anterior- en cuanto a los funcionarios de entidades que también sirven a un evidente interés público. De esta forma, el artículo 4 del Código Notarial, dentro de la enunciación que hizo de quienes se encuentran impedidos para ser notarios públicos dispuso:

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.

Es decir, que la regla general es el impedimento que tienen quienes están nombrados en un cargo a plazo indefinido dentro de la Administración Pública, para ejercer el notariado. Como excepción a esa regla, para quienes tienen algún grado de vinculación laboral con la Administración Pública, el artículo 5° dispuso que:

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, 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.

Es decir, que como excepción al impedimento general, pueden ejercer el notariado los funcionarios públicos que estén en las condiciones enunciadas en el inciso d) del artículo 5°. En el caso que nos ocupa, la Dirección Nacional de Notariado constató que la notaria Cantillano Villalobos es funcionaria, con un puesto en propiedad, de la Caja Costarricense de Seguro Social. En tal condición le asiste el impedimento general. Ahora bien. No es cierto que su situación se enmarca dentro de la excepción autorizada por el numeral 5 inciso d), porque su nombramiento en ese puesto no es a plazo fijo. El nombramiento a plazo fijo supone que los servidores son nombrados por un período determinado, es decir, sujetos a un término en el cual se finiquita la relación. Está claro que el nombramiento de la notaria Cantillano Villalobos como funcionaria de la Caja Costarricense de Seguro Social corresponde a un nombramiento en propiedad, que es por su propia naturaleza, un nombramiento a plazo indefinido; independientemente de que no reciba pago por prohibición o dedicación exclusiva. Ahora bien, la circunstancia de que en el inciso f) del artículo 4, se contenga la indicación “en los que se les prohíba el ejercicio externo del notariado”, no debe interpretarse en el sentido de que en aquellas entidades donde no exista esa prohibición, no existe el impedimento. Sobre este particular, la Sala Constitucional en el voto n° 9037-06 de las 15:11 horas de 27 de junio de 2006, expresamente aclaró la situación existente, en estos términos:

“Ya esta Sala en su anterior jurisprudencia, había reconocido que la función pública merece protección, por lo 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, motivo por el cual, su habilitación debe ser excepcional, únicamente cuando reúna las condiciones ya apuntadas. De lo anterior, debe indicarse que aun cuando la regla general es que se impide el ejercicio del notariado a los servidores públicos, puede afirmarse la existencia de dos tipos de situaciones que constituyen la excepción a esa regla: 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 o prohibición, y que no puede realizar 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 estar contratado a plazo fijo, ni sujeto al régimen de Servicio Civil, ni recibir compensación económica por prohibición o dedicación exclusiva y no tener superposición horaria (artículo 4 inciso f) y artículo 5 inciso d) del Código Notarial), tal como se comentó infra”. (En este mismo sentido véanse los votos de esa Sala n°s. 9038-06, de 15:12 horas de 27 de junio; 12070-06 de 9:08 horas de 18 de agosto y el n° 14008 de 9:46 horas de 22 de setiembre, todas de 2006).

La solicitud que plantea la notaria para que se aplique en su favor lo resuelto por la Sala Constitucional en el voto n° 13672-2004 no es de recibo porque ella no se encuentra en ninguna y particularmente en la condición de “Notario Público que tiene un cargo público y que ejerce privadamente.” que se menciona en ese voto, precisamente porque su nombramiento no es a plazo



fijo.

IV.-Por consiguiente, queda claro que, en cuanto al fondo, no cabe hacer reparo alguno a lo resuelto por la Dirección Nacional de Notariado. Por las consideraciones hechas, la resolución inhabilitadora de la Dirección Nacional de Notariado se encuentra ajustada a Derecho y en consecuencia, merece ser confirmada.

POR TANTO :

Se confirma la resolución recurrida.

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

FUENTES CITADAS

- 1 VARGAS JIMÉNEZ, Carlos. El notariado como servicio público. Artículo publicado en la Revista IVSTITIA No 234-235 Junio-Julio San José, Costa Rica 2006. pp 10-18
- 2 INFANTE MELÉNDEZ, Gustavo. Naturaleza jurídica del notario costarricense. Artículo de revista publicado en Revista de Ciencias Jurídicas No 106 Enero-Abril San Jose Costa Rica. 2005. pp 187-194.
- 3 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA . Resolución: 2009-001017. San José, a las diez horas treinta y cinco minutos del siete de octubre de dos mil nueve.