

Informe de Investigación

Título: El Notario y su función pública.

Rama del Derecho: Derecho Notarial.	Descriptor: Notario Público.
Tipo de investigación: Compuesta.	Palabras clave: Notario, naturaleza jurídica, munera publicca, servicio público notarial, características.
Fuentes: Doctrina.	Fecha de elaboración: 08 – 2010.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
Doctrina.....	2
2 NATURALEZA JURÍDICA DEL NOTARIO COSTARRICENSE.....	2
A) ANÁLISIS SOCIO-LEGAL DE LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL.....	2
B) NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION NOTARIAL.....	6
C) NATURALEZA DEL NOTARIO COSTARRICENSE.....	8
D) JUSTIFICACION LEGAL Y CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA TESIS DE LA "MUNERA PUBBLICA" AL NOTARIO.....	11
3 EL NOTARIADO COMO SERVICIO PÚBLICO.....	14
I. El servicio público notarial	14
1. Concepto de servicio público notarial.....	14
2. La organización del servicio público notarial.....	16
3. La finalidad del servicio público notarial.....	17
4. Caracteres del servicio público notarial.....	17
5. El régimen jurídico del servicio público notarial.....	19
6. La persona que presta el servicio: el notario público.....	20
7. El objeto o finalidad del servicio notarial.....	21
8. El régimen de derecho público aplicable al servicio público notarial.....	21
II. Los munera publicca: el ejercicio privado de las funciones públicas.....	22
1. Posición jurídica del particular frente a la Administración Pública.....	27
2. Posición jurídica del particular (notario) frente a los particulares:.....	28
Conclusión.....	30



1 Resumen

El presente informe de investigación contiene una recopilación de información referente al tema del Notario en función pública. Se transcriben dos artículos de juristas costarricenses en los cuales se explica varios puntos destacables sobre el tipo de actividad realizada por los Notarios, tocando temas como, naturaleza del notario, la “munera publicca” y el notario, el servicio público notarial y el ejercicio privado de funciones públicas, entre otros.

Doctrina

2 NATURALEZA JURÍDICA DEL NOTARIO COSTARRICENSE

[Infante]¹

El presente trabajo investigativo intenta determinar, con fundamento doctrinal y jurídico, la verdadera naturaleza del notario costarricense. Esta es una interrogante bastante importante, porque no sólo se refiere a la definición conceptual que se realice al respecto, sino que, sobretodo, debe considerarse para analizar los efectos y alcances del ejercicio de la función notarial.

Por un lado se sostiene que el notario es un funcionario público, por lo tanto, su actividad presenta todas las características de tal; por otro, se afirma que el notario no lo es, por lo que la inaplicabilidad del régimen jurídico establecido para los funcionarios públicos, es su directa consecuencia.

Lastimosamente, estas afirmaciones se han realizado sin analizar la realidad del notario costarricense. Se ha comparado la labor de nuestro notario, llegando a conclusiones apresuradas por no tomar en cuenta la normativa costarricense en la materia. El principal objetivo de este trabajo es dilucidar si el notario es funcionario público o no, pero comparando detalladamente las características de uno y de otro, para así llegar a una conclusión razonada.

Previo a realizar el análisis antes descrito es necesario conocer más acerca de la función del notario. Sus efectos socio-legales y la naturaleza de la función notarial, para concluir con la naturaleza del notario costarricense, determinando el régimen jurídico aplicable al ejercicio de esta función, los alcances de la misma y su relación con el Estado.

A) ANÁLISIS SOCIO-LEGAL DE LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

Primero que todo, debe realizarse un análisis socio-legal de la naturaleza de la función notarial, para poder determinar la verdadera naturaleza del notario costarricense, es decir, cual es



el régimen que se aplica a su ejercicio profesional.

La armonía social es una tarea de todos los días, el Derecho se presenta como un medio para la consecución de la misma, por ende, el notariado o mejor dicho, la función notarial, también la busca, al ser una especie del género Derecho.

Se afirma que en nuestro país, existe una nueva visión, moderna y más seria del notariado, por varios aspectos, pero los más importantes están dirigidos a la ética notarial y a las nuevas funciones y deberes del notario. Estas fueron establecidas a partir de la promulgación del nuevo Código Notarial, Ley N° 7764 del dos de abril de 1998, que vino a derogar la Ley Orgánica de Notariado, N° 39 del 5 de enero de 1943.

Con este nuevo cuerpo normativo se busca amparar de una manera más efectiva los bienes jurídicos que deben protegerse con la función notarial, como lo son la *fe pública*, la *seguridad jurídica* y el *orden público*, por medio de los cuales se logra agilizar el tráfico jurídico.

Esta nueva visión de la función notarial, puede resumirse en la innovación o reforzamiento de las funciones del notario. Estas son: las obligaciones éticas, el principio de imparcialidad, el deber de asesorar y el deber de adecuar la voluntad de los usuarios al Ordenamiento Jurídico.

En cuanto a la ética, la Directriz N° 004-01, del 13 de diciembre del 2001, dictada por la Dirección Nacional de Notariado, nos indica las actuales líneas a seguir en este campo, de acuerdo a las nuevas exigencias del Derecho Notarial. Estas se pueden sintetizar en:

1. Tener conciencia de la naturaleza jurídica de la función pública ejercida privadamente.
2. Cumplir y observar rigurosamente las disposiciones legales notariales respecto al ejercicio de la función notarial.
3. Velar por brindar un servicio dentro de la más correcta formación y expresión legal de la voluntad en los actos jurídicos notariales que realicen.
4. Intervenir con conciencia de las implicaciones inherentes a los requisitos, condiciones y deberes del Notario en el ejercicio de la función, respecto de la normativa específica necesaria para el desempeño profesional
5. Actuar de manera imparcial y objetiva en relación con todas las personas que intervengan en los actos o contratos otorgados en su presencia.
6. Vigilar porque sus actuaciones estén guiadas por los valores de integridad, coherencia, honestidad, honradez y transparencia.
7. Mantener constancia en la actualización de las nuevas doctrinas y cambios que afectan el ejercicio de la función notarial.

El contenido de estas normas nos demuestra que la actividad notarial se regula tomando en cuenta aspectos de la libertad del individuo, del carácter especial de la profesión, de la práctica profesional. Sin embargo, a la vez es especulativa porque pueden estar sujetas a un análisis de la moral individual de cada notario.



De acuerdo a las viejas funciones reforzadas y las nuevas funciones y deberes del notario, se debe entender al notario no como un simple profesional liberal, sino como un servidor y a las personas que ruegan su servicio como usuarios y no como clientes, ya que el notario ejerce una función pública.

El inciso a) y el inciso f) del artículo 34 del Código Notarial revolucionan la profesión notarial, pues ahora el notario no sólo elabora o cartula lo que a ruego le solicita el usuario, sino que debe asesorar al mismo, indicándole si lo que va a realizar es legal. Además debe explicarle si es la mejor figura que se puede utilizar para lo que realmente quiere.

Esta visión moderna del notario hace que dicho profesional deba prepararse adecuadamente para poder realizar esa doble función adecuadora-asesora, que como deber le establece el nuevo Código Notarial, en los puntos ya indicados.

Otro aspecto de la modernización de la profesión notarial, lo encontramos en el refuerzo, pues ya existía, de la imparcialidad de la actuación notarial, establecida en el artículo 35 del Código Notarial, debido al carácter de fedatario público que goza el notario. Se afirma que ya existía este deber, aunque era de manera indirecta, ya que la Ley Orgánica de Notariado, ya mencionada, en su artículo 16, sólo establecía impedimento de actuar en cuanto a los familiares del notario en relación a los testigos instrumentales.

Los Magistrados de la Sala Constitucional, han dejado claro que las funciones del abogado y del notario son distintas, ha establecido que los elementos esenciales de esa diferenciación son los siguientes:

"Del Notario debe exigirse, entonces, contrariamente a lo que sucede en 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".

Se pueden resumir en cuatro las fases de la actuación del notario, establecidas por nuestro Código de Notariado:

Fase asesora o directiva: En esta fase, el notario debe recibir, interpretar y dar forma a la voluntad de las partes. Se es consejero, asesor jurídico de quienes ruegan su servicio. Se debe instruir, con sus conocimientos legales, sobre las posibilidades legales, condiciones y consecuencias de la relación que quieren establecer. En esta etapa se recepciona la información brindada por las partes, al momento de rogar el servicio, inmediatamente se da el dictamen sobre lo solicitado, se indica los pasos que deben seguir los usuarios. Luego de esto, prosigue una etapa denominada "docencia" o "instrucción", que se refiere a dar a conocer a las partes las distintas figuras y los efectos que pueden derivar de la decisión tomada por los usuarios, en estrecha relación con lo recomendado por el notario. Por último, si fuera necesario, el notario debe procurar la conciliación de los usuarios, sin que tengan que recurrir a las vías judiciales, así, el notario colabora con la paz social.

Fase formativa y legitimadora: En esta fase se legitiman los actos y negocios jurídicos, es decir, dota a la voluntad de las partes de la forma jurídica requerida para que surtan efectos. Se da la función calificadora, admisión, redacción o formulación, es decir, moldea el acto jurídico al realizar el instrumento.



Fase autenticadora: Comprende las dos anteriores, el notario infunde certeza, imparte la fe pública a todas aquellas actuaciones, hechos y actos jurídicos ocurridos en su presencia, o que le han sido sometidos para impartir fe de autenticidad.

Fase ejecutiva: El notario continúa su labor, la que finaliza con el hacer posible que los actos acordados por las partes y otorgados ante él, surtan efectos en la sociedad, realiza, de ser necesario, cualquier diligencia que se tenga que cumplir, de acuerdo con nuestro Ordenamiento Jurídico, como las diferentes inscripciones registrales.

Esto nos lleva a la obligación de analizar la principal función del notario, en que se fundamentan las anteriores fases del ejercicio profesional del notario, ya desarrolladas, *el alcance y la importancia de la fe pública*, a nivel de nuestra sociedad.

Como se estableció anteriormente, si se analiza la fe pública, conceptualmente, se llega a la conclusión, que quien tiene *fe*, tiene certeza, seguridad o confianza de algo, hay una relación de verdad entre lo que se dice y el hecho ocurrido. Si a esta certeza se le confiere cierta oficialidad, estamos en presencia de la *fe pública*.

En ese sentido, se puede definir la fe pública, como:

"la presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la Ley reconoce como probos y verdaderos, facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos"

Tal es el sentido de la definición anterior, donde no es simplemente que un particular confía o cree en otro particular, sino, que es toda la sociedad la que cree en algunos de los actos externos, signos y formas, a los que el Estado les atribuye un *valor jurídico*. Si no existiera lo anterior, sería más difícil mantener el orden social y la celeridad requerida de las transacciones comerciales y civiles.

Un valor fundamental, extraído de la concepción de fe pública es *la confianza*, ya que la sociedad confía plenamente en esos instrumentos utilizados por el Estado para que la convivencia sea posible, tal como las monedas, timbres, documentos públicos y privados, es esa *fe colectiva y pública*, y no solamente subjetiva, por ser creencia de todos. Por lo tanto, la fe pública es certeza jurídica, y el Estado la tutela porque sin ella desaparecería el Ordenamiento Jurídico.

Al respecto nuestra jurisprudencia ha indicado:

"En términos generales, la función notarial consiste en anotar lo que los otorgantes le indican y de ello, es precisamente, de lo que se da fe. Además, la fe pública, por medio de la cual se da autenticidad a actos realizados en presencia de un funcionario de esta naturaleza, ha sido definida como "Veracidad, confianza y autoridad legítima atribuida a notarios (...) acerca de actos, hechos y contratos realizados o producidos en su presencia; y que se tienen por auténticos y con fuerza probatoria mientras no se demuestre su falsedad (...)" (Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta, 1989- Tomo IV. Pág. 37)."

Socialmente, la fe pública es necesaria para comprobar la existencia de los hechos jurídicos y de los derechos que de ellos dimanen, por eso deben existir órganos públicos que ofrezcan esa certeza. Ni las leyes, ni las sentencias, ni los documentos notariales podrían ser eficaces para la



sociedad, si a cada instante se cuestiona la legitimidad o autenticidad de su contenido.

La certeza que produce la fe pública, produce armonía y por ende estabilidad social, pues estas manifestaciones externas son garantía para la vida social y jurídica de los ciudadanos y debe constituir plena prueba ante todos y contra todos.

Es por esto, que quien atenta contra dicha certeza, reemplazando lo verdadero por lo falso, viola en su fin fundamental la fe pública, esa confianza que ha tenido la comunidad civil genera así, que el instrumento del que se vale el derecho para mantener su orden social, sea malversado y constreñido a intereses particulares.

La fe pública tiene una misión preventiva, es un soporte de la verdad, una verdad oficial. El notario es el profesional al que el Estado seleccionó, vía legal, para gozar de la facultad de la *Dación de Fe*, con la que se pretende un mejor convivio social.

De los análisis anteriores, se puede deducir que la fe pública notarial tiene diversos efectos sociales:

"... por una parte es una función pública, por cuyo conducto los actos jurídicos privados y extra-judiciales sometidos a su amparo adquieren autenticidad legal, y por el otro, es una función técnica, porque su ejercicio requiere de personas dotadas de especiales conocimientos en diversas materias jurídicas".

Para la sociedad el instrumento notarial produce confianza y prueba, gracias a la facultad de Dación de Fe del notario.

Después de haber analizado la importancia social de la función notarial, es menester analizar la naturaleza jurídica de la función notarial.

B) NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION NOTARIAL

En cuanto a ésta, se dan tres tesis importantes, la *funcionarista*, la *profesionalista* y la *ecléctica*, que a continuación se analizarán, sin perder el objetivo principal de este análisis, que es el determinar el régimen legal aplicable al notario, en consecuencia con su verdadera naturaleza jurídica.

B.I-Tesis Funcionarista: De acuerdo a esta tesis, la función notarial es una función pública ejercida por el notario *como funcionario público independiente*, remunerado por los particulares a quienes proporciona sus servicios.

El notario es un funcionario público que actúa en nombre del Estado. Este ha delegado en aquél el poder fehaciente para que intervenga en la confección de los instrumentos públicos, en los que se expresa la voluntad de las partes que intervienen en la realización del acto, negocio o contrato, manteniéndose en una posición muy particular dentro de la organización jurídica y administrativa del Estado.

En esta tesis se dan tres caminos o posiciones, que ubican a la función notarial en el ámbito del:



- a) **Poder Ejecutivo:** Ya que la función notarial hace realidad efectiva el derecho privado, pues da forma jurídica a los actos y contratos de los particulares.
- b) **Poder Judicial:** Se fundamenta en la jurisdicción voluntaria, pues otorga forma y fuerza jurídica a los actos consensuales privados o de carácter bilateral, unilateral o de otra naturaleza, mediante el respaldo del Estado, siempre y cuando no exista contención entre las partes.
- c) **Actividad Autónoma:** Se admite un número mayor de poderes que los tres tradicionales, por lo que la función notarial no está necesariamente adscrita a ninguno de los tres poderes tradicionales.

B.2-Tesis Profesionalista: Esta tesis sostiene que tanto el servicio prestado como el sujeto que lo facilita tienen carácter profesional y que la función del notario no es pública, es técnica, profesional y que por ser tal, el Estado no posee la facultad de delegarla. Dar fe es certificar y esta cualidad no es inherente a la calidad de funcionario público, por lo que debe aplicarse la máxima jurídica que establece que *nadie puede delegar facultades que no posee*.

B.3-Tesis Ecléctica: Acepta elementos de las dos tesis anteriores, pues establece que la función pública es ejecutada por un profesional en Derecho, es decir, a cargo de un profesional privado, no de un funcionario público asalariado.

De aquí se desprende, como lo afirma el jurista Oscar Salas Marrero, que el notario es a la vez un profesional libre y un funcionario público, *entendiéndose esto último solamente en el sentido de que desempeña una función pública y no como dependiente directo de autoridad administrativa o de otro orden*.

De las tesis indicadas anteriormente, se derivan dos corrientes doctrinales importantes sobre la naturaleza jurídica, ya no de la función notarial, sino más bien de la figura del notario.

La Doctrina Notarialista: Es la que califica al notario como un funcionario público. Al notario se le inviste con el cargo de funcionario público, por delegación del poder público, la capacidad de dación de fe pública.

La Doctrina Administrativista: Utilizando la figura llamada "*Muñera Publica*", que se refiere al ejercicio privado de funciones públicas, sostiene que:

"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".

Es distinto al funcionario de hecho, ya que este tipo de funcionario presta su servicio a nombre y por cuenta del Estado, en cambio que estos servidores privados, que ejercen una función pública, lo hacen en nombre y por cuenta propia. Con esta explicación, también queda claro que los servidores privados que ejercen una función pública tampoco son un agente público común. Este último actúa de una manera más clara, a nombre y por cuenta del Estado, es decir, su actuación, es la propia del Estado.

Los actos del notario no son subjetivamente administrativos, por lo que es inadmisibles intentar contra ellos, los remedios posibles contra los actos de la Administración. Esto porque el notario realiza una actividad de particular, en nombre propio, de tal manera que los efectos derivados de la misma, no recaen sobre la Administración Pública. Sus actos sólo implican



responsabilidad personal y privada del notario.

Con el fin de comprender mejor el régimen jurídico de este fenómeno tan particular denominado "*munera publica*", siguiendo lo establecido por la Licenciada Maureen Jiménez Gómez, en su tesis de graduación, analizaremos dos perspectivas diferentes para abordar su estudio: -la posición jurídica del particular que ejerce la función pública frente a la Administración- y la posición de ese mismo particular frente al resto de particulares.

En cuanto a la primera perspectiva, el particular que ejerce la función pública tiene:

- a) La obligación de ejercer la función o prestar el servicio público, salvo que renuncie a esa actividad profesional.
- b) Sujeción a contralores administrativos, para asegurar que se logre el fin público perseguido, de conformidad con las modalidades y formas establecidas.
- c) Sujeción a potestad disciplinaria de la Administración.
- d) Sujeción a órdenes y directrices de la Administración.
- e) Derecho frente a la Administración Pública de prestar el servicio o de ejercer la función atribuida.

En cuanto a la segunda perspectiva, el particular que ejerce la función pública tiene:

- a) Naturaleza objetivamente administrativa de los actos del particular, (el notario).
- b) Obligación de ejercer la función o prestar el servicio a todo el que lo solicite.

De acuerdo al análisis anterior, el notario es considerado como un particular encargado del ejercicio profesional de la función pública de certificación, en forma independiente, por un interés personal, a su propio riesgo y beneficio, descartándosele por completo de la categoría de funcionario público.

En síntesis, se puede afirmar, junto con el Dr. Ortiz Ortiz, que el "*munera publica*", es un particular al servicio de la comunidad, pero con la calidad de particular y no con la de ente ni agentes públicos.

C) 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 5° 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 1º, 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 2° 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.

D) JUSTIFICACION 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 1º 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 administrativista 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 EL NOTARIADO COMO SERVICIO PÚBLICO

[Vargas]²

I. El servicio público notarial

1. Concepto de servicio público notarial

La idea de servicio público nació en Francia caracterizada como actividad de cierto tipo efectuada por la administración, siendo la relación con el servicio público lo que justificaba la competencia contencioso administrativa. Con el desarrollo del concepto fue perdiendo relevancia, y en la actualidad sirve para explicar un régimen jurídico especial para normar la actividad que se determina llamar como tal.

Hauriou lo conceptualiza de la siguiente manera: "... *servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública.*"

Aquí podemos encontrar un primer acercamiento con el servicio realizado por el Notario Público, veamos:

- b) **presta un servicio técnico:** se trata de un profesional en derecho (abogado) que, además, debe comprobar haber obtenido un postgrado en Derecho Registral y Notarial;
- c) **al público:** tanto el artículo 3 inciso e) como el numeral 4 inciso b), en relación con el artículo 6 todos del Código Notarial (CN) exigen al Notario Público tener oficina abierta al público; y agrega el último numeral citado que, es su deber brindar los servicios que se le requieran;
- d) **de manera regular y continuo:** en este sentido el artículo 37 del Código citado advierte que todos los días y las horas son hábiles para el ejercicio de la función notarial;
- e) **con el fin de satisfacer una necesidad pública:** en el caso del Notario Público la necesidad pública a satisfacer está enmarcada, en principio, en los numerales 30 y 31 del CN, cuando nos advierten que, en el ejercicio de la función notarial, aquel **legitima y autentica los actos en los que interviene**, para lo cual **goza de fe pública**. El fedatario tiene fe pública cuando deja constancia de un hecho, suceso, situación, acto o contrato jurídico, **cuya finalidad sea asegurar o hacer constar derechos y obligaciones**. En virtud de la fe pública, **se presumen ciertas las manifestaciones del notario que consten en los instrumentos públicos** y demás documentos por él autorizados.
- f) **por una organización pública:** esta idea no deja por fuera la función notarial que, como tal, se presta -en general-, ciñéndose a los principios de una organización pública, (entendido éste concepto en sentido amplio); y es que los artículos 30 y 31 citados arriba, indican que la función notarial se presta **con sujeción a las regulaciones del mencionado Código y cualquier otra resultante de leyes especiales, y dentro de los límites que la ley le señala para sus atribuciones y con observancia de los requisitos de ley**. De donde se sigue que, la prestación del servicio por parte del notario debe realizarse dentro del marco general del principio de legalidad.



Además, necesariamente el fedatario debe organizar la prestación del servicio, bajo su responsabilidad, cuando la misma ley le obliga a tener oficina abierta al público y a prestar el servicio de forma regular y continua. En este sentido, es que **presta el servicio a través de una organización de elementos y actividades para alcanzar el fin propuesto; sea una empresa (ordenación de medios materiales y personales).**

En este sentido, entendiendo el notariado como función objetiva del Estado, entonces la actividad notarial está constituida por "*...el notariado público, la función notarial, su ejercicio y el servicio que brinda el fedatario y los efectos registrales que devienen de ese ejercicio...*" *Todos esos elementos "... comparten un mismo origen: la fe pública; de ahí, que su naturaleza sea invariable, indivisible y motiva una identidad propia que se plasma en el ejercicio del notariado, con la competencia material de la función notarial, la cual no podrá estar supeditada a ningún aspecto personal del notario público, ni de hechos o circunstancias del entorno en donde está inmersa"* (la negrita no es del original).

Por su parte, Bielsa entiende el servicio público como "*toda acción o prestación realizada por la Administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía*".

Con relación a la afirmación anterior, cabría preguntarse si el servicio público prestado por el Notario implica de alguna forma el concepto de administración **activa** (siempre entendiendo los conceptos en sentido amplio); y al menos en los casos en que la ley faculta al fedatario para no prestar el servicio por causa justa, moral o legal⁶, estamos frente a una decisión del fedatario que tiene consecuencias jurídicas; pero también la misma prestación del servicio implica el nacimiento de efectos jurídicos para el usuario, como son verbigracia (v.g.), la obligación del notario de lograr la inscripción del documento en el Registro respectivo; y por supuesto la oponibilidad del negocio jurídico documentado en el público frente a terceros.

Por otra parte, se subraya el término "indirectamente", porque nos parece que en ese sentido aquel concepto abriga la función notarial. Se afirma al respecto, que en la concepción y el desarrollo del Estado de Derecho, éste no puede prestar de forma eficiente la totalidad de los servicios a los ciudadanos, y por esa razón **deposita** en este caso, en el notario el ejercicio de la **fe pública**.

De modo que, el titular por naturaleza de la fe pública es el Estado, pero éste imposibilitado para ejercerla por sí mismo al ser un ente abstracto, confía su gestión a -lo que se supone debe ser-, una persona de absoluta probidad y confianza; de buena conducta dice el Código.

En el mismo sentido afirma Gordillo: "*...establecido que la actividad estatal sólo puede considerarse servicio público en ciertos casos de la actividad de los órganos administrativos, se aclara que no es necesario que la administración misma, mediante sus propios medios y personal, asuma la prestación del servicio público: **el servicio público puede ser prestado tanto directamente por la propia administración, como indirectamente a través de un concesionario.***" (la negrita no es del original).

Asimismo agrega García Oviedo que: "*Público es el servicio... cuya gestión es asumida, ya por la administración directamente, ya **por una persona o entidad por su encargo o con su colaboración.***" (negrita y subrayado no son del original).



Al respecto, señala Bogarín Parra que el notariado costarricense, a partir del contenido del numeral primero del Código Notarial, opera en función de una **autorización** y NO de un nombramiento por parte del Estado, **aspecto que destierra la posibilidad de admitir al fedatario como un funcionario público, ni en un régimen de sujeción alguna, respecto del ejercicio al servicio a prestar**; atendiendo además a los principios de autonomía, independencia e imparcialidad propios del notariado. Por supuesto, queda a salvo, lo dispuesto por la Sala Constitucional sobre el notario de planta.

2. La organización del servicio público notarial.

Cualquier servicio público exige de previo y para su prestación de una organización de elementos y actividades para el logro del fin asignado; es decir, una ordenación de medios materiales y personales, una empresa en sentido económico. La noción de organización es inseparable del concepto de servicio público; de modo tal que éste consiste en una actividad tomada como conjunto, consustanciada con la organización que realiza tal prestación.

Tal y como ya lo advertimos arriba, es indispensable al notario, en su condición de fedatario público, dirigir sus esfuerzos iniciales a la organización de los elementos que constituyen su empresa; la cual debe mantenerse durante todo el ejercicio de su función.

Al respecto, explica Bogarín Parra que: *"El marco jurídico notarial definido por el Código, muestra un régimen supeditado a la potestad de imperio, en donde no existe igualdad de partes en la relación que nace entre Estado y notario, con ocasión de la autorización para ejercer el notariado. Así vemos que, **el notario debe mantenerse en estado activo, y contar con la oficina abierta al público. Ambos aspectos, deben ser objeto de publicidad. El despacho notarial para todos los efectos, representa el arraigo del notario público autorizado para ser y ejercer como notario. Es a través de ella, que la DNN ejecuta la fiscalización de su ejercicio. Así mismo, que el usuario localiza al fedatario en esa dirección reportada.**"* (la negrita no es del original)

De modo que, la "simple" obligación de tener oficina abierta al público involucra en la realidad estructurar una unidad empresarial para la prestación del servicio. Implica regular los elementos empresariales tales como: lugar físico para la atención del usuario, personal necesario (repcionista, secretaria, asistente, mensajero, misceláneo, etc.), material de oficina indispensable (teléfono, fax, computadora¹⁵, papelería, etc...).

Además, el artículo primero CN define el notariado público como la función pública **ejercida privadamente**. De donde se sigue la obligación de organizar el substrato empresarial necesario para aquella gestión.

Sin embargo, alrededor de este tema, Bogarín Parra advierte que: *"La normativa vigente notarial determina el notariado, como la función pública ejercida privadamente. **Por error conceptual hoy, equivocadamente, tanto en el nivel de usuarios como de fedatarios, se concibe como una función por delegación del Estado, cuyo contenido lo determina el servicio y no la fe pública. Esa posición ha repercutido en el nivel del ejercicio y el servicio, así como en la propia estructura de la Dirección, porque violenta la ley y los principios rectores de la materia notarial, afectando directamente en el interés público.**"* (la negrita no es del original).

3. La finalidad del servicio público notarial

Como todo servicio público se pretende satisfacer una necesidad pública; es decir, colectiva o de interés general. La necesidad pública involucra la adición de las necesidades individuales de los particulares; aunque no presupone de forma necesaria que todos los sujetos de la sociedad deban tenerla, sino el eventual acceso a la prestación del servicio de todos aquellos a quienes les sea imprescindible.

Y según ya advertimos, de acuerdo con los artículos 30 y 31 CN, en principio, **el servicio público que presta el notario público es la de fedatario público**. En el mismo sentido, advierte Bogarín Parra que la fe pública representa la esencia del notariado; es decir, que el servicio existe para ofrecer la fe pública depositada por el Estado en el notario.

En este sentido, quienes pacten una compraventa, no están obligados por ley acudir a la fe pública para la validez de su contrato, en razón de la consensualidad del sistema de transmisión de derechos reales en nuestro medio; pero, para que aquel acuerdo sea oponible frente a terceros, **es indispensable que, las partes acudan ante un notario a otorgar en un instrumento público su negocio, obteniendo con ello legitimidad y autenticidad**.

La fe pública que legitima y autentica el negocio privado de compraventa es la finalidad del servicio público que presta aquel profesional.

4. Caracteres del servicio público notarial

Como su fin es satisfacer el interés general en la fe pública, el servicio público notarial debe estar dotado de "medios exorbitantes al derecho común"; sea, de un régimen de derecho público (Código Notarial) que asegure los elementos **generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad** de aquel.

Aquel régimen jurídico especial subordina los intereses privados (v.g. del notario o del usuario) al interés público, básicamente para proteger la **continuidad** del servicio. Por tal razón, el numeral 37 de aquel cuerpo legal impone **que todos los días y las horas son hábiles para el ejercicio de la función notarial**.

Bogarín Parra manifiesta al respecto: "El notariado se desenvuelve dentro de un ámbito en el que no existen horas y días hábiles para su ejercicio. Esta circunstancia en concordancia con la superposición horaria establecida en el artículo 5, inc. d, del Código Notarial y la imposibilidad que le asiste al funcionario público para atender asuntos profesionales de particulares en las oficinas de la administración pública, descartan en el ejercicio del notariado, toda posibilidad de relación de sujeción."

Se afirma que de los citados caracteres definitorios del funcionamiento del servicio público "*...el más importante es el de la continuidad, el cual no significa que la actividad sea ininterrumpida, sino tan sólo que satisfaga la necesidad pública toda vez que ella se presente. La continuidad del servicio público reside pues en que se satisfaga oportunamente -sea en forma intermitente, sea en forma ininterrumpida, según el tipo de necesidad de que se trate- la necesidad pública.*"

De conformidad con lo anterior, el servicio público notarial no se presta de manera ininterrumpida, **sino de forma tal que satisface la necesidad pública cada vez que ella se le**



presenta a los usuarios. Su continuidad se haya en satisfacer oportunamente aquella necesidad.

La **generalidad** significa que todos los eventuales usuarios tienen derecho a gozar del servicio cuando así lo requieran; y en ese sentido el régimen jurídico especial dispone que los notarios están obligados a brindar los servicios que se les requieran, de lo cual solo pueden excusarse por causa justa, moral o legal. Excepción ésta última que no demerita el servicio, porque excusado un particular notario de brindar el servicio, siempre le queda la posibilidad al usuario de acudir a cualquier otro fedatario.

Y en todo caso facultado por la ley, puede el notario hacer una diferencia que no implica discriminación, cuando el usuario no cumple o no ha cumplido con todos los requisitos y requerimientos que aquel régimen jurídico especial le demanda previo al otorgamiento de un instrumento notarial, v.g. la idónea identificación; y entonces negarse de forma legítima a prestar el servicio.

El anterior elemento de generalidad implica a su vez, la **igualdad o uniformidad**, y significa que por imperio del régimen jurídico especial aplicable, todos los usuarios tienen derecho a exigir el servicio **en igualdad de condiciones**.

Al respecto se ha sostenido que: *"El principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que pueda existir: o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como la ha dicho esta Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que deba existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, con tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva."* (Sala Constitucional, Voto N°. 1770-94.)

Esa forma de trato, presente en el citado artículo 33 de la Constitución Política, también se haya en el espíritu de la letra de algunas normas del referido Código Notarial, v.g. cuando advierte que compete al notario recibir, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico las manifestaciones de voluntad **de quienes lo requieran** (obviamente **en igualdad de condiciones**); o cuando dispone que el notario actuará a solicitud de parte interesada (por supuesto, **en igualdad de condiciones**); o el deber de actuación imparcial. Además, la existencia de una tabla de honorarios agrega vigencia a éste elemento de igualdad, pues el notario está obligado a cobrar por aquel rubro la misma cantidad ante situaciones similares.

Finalmente, regularidad significa de conformidad a reglas y condiciones preestablecidas; cuestión que cumple a cabalidad el servicio público notarial según ya advertimos, pues los artículos 30 y 31 CN disponen que la función notarial se presta **con sujeción a las regulaciones del mencionado código y cualquier otra resultante de leyes especiales, y dentro de los límites que la ley le señala para sus atribuciones y con observancia de los requisitos de ley.**

5. El régimen jurídico del servicio público notarial

Explica Gordillo que la *"...característica más específica del régimen jurídico especial de los servicios públicos es que los hombres que trabajan en él carecen del derecho de huelga, pues la huelga implica la suspensión del servicio y se considera precisamente que el Estado debe asegurar su continuidad."*

En este sentido es obvio que, en el caso del fedatario prestador del referido servicio público, no hay posibilidad material o jurídica de huelga, porque tal y como lo definen los numerales 1 y 2 CN, la función pública es ejercida **privadamente** por el notario público profesional en Derecho, habilitado para ejercerla.

Recordemos que en Costa Rica el tipo de notariado seguido es el ilimitado (todo aquel que obtenga el título de abogado puede optar por el de notario).

Por su parte, sostiene al respecto Sandí Baltodano: "En nuestro sistema de notariado latino el notario es un profesional en derecho que ejerce su función como un oficio público —no debe entenderse como dependiente de la administración pública sino que es un ejercicio liberal de la profesión, por oficio público debemos entender que el notario actúa por delegación del Estado-, autorizando actos, contratos, firmas o documentos dándoles autenticidad (carácter de verdad) y carácter de prueba preconstituida o plena prueba -demuestra sin duda alguna la verdad de un hecho-... el notario es considerado un funcionario público autorizado para dar fe de actos o contratos efectuados en su presencia y por lo tanto, actúa en el ámbito extrajudicial. En el ejercicio de sus facultades legitima y autentica los actos y contratos con la fe pública de que es depositario."

Disentimos del aspecto mencionado por el autor indicado en cuanto a que el notario ejerce liberalmente su profesión; pues como indicamos, el ejercicio de la función notarial derivada del depósito estatal de la fe pública, no puede ejercerse liberalmente, sino exclusivamente sujeta a las obligaciones y deberes legales impuestas por la ley; sea apegado estrictamente al principio de legalidad.

Resulta entonces, por ser su titular (quien la ejerce) un profesional en derecho, quien lo hace de manera privada, al no existir sujeción y ser el titular de su organización empresarial, que utiliza -como un medio más-, para prestar el servicio público que le compete, entonces no hay posibilidad jurídica de suspender legalmente el servicio prestado; sino que solamente en los casos previstos por la ley, podría excusarse de prestarlo.

Asimismo, la función notarial al prestar el servicio público advertido, recibe el monto de una tasa que está sujeta a la autorización o aprobación del poder público. Al respecto establece el artículo 166 CN que los notarios cobrarán honorarios según se establezca en el arancel respectivo, y que corresponde al Colegio de Abogados de Costa Rica realizar las fijaciones y someterlas a la aprobación del Ministerio de Justicia y Gracia, que las promulgará vía decreto ejecutivo.

El fedatario actúa sujeto a una tarifa obligatoria la cual es fijada -según se indicó-, por el Estado, y su obligatoriedad rige tanto para el notario como para los usuarios. En buen derecho se recomienda, que aquel sólo tiene derecho a esa remuneración cuando la escritura haya sido regularizada. La tarifa es un elemento inseparable de la noción de servicio público; porque la libertad tarifaria implicaría para el notario la facultad de rehusar su ministerio en los actos no rentables, con el riesgo de que dichos actos no fuesen regularizados jamás.

Por otra parte, tal y como ya lo analizamos, si bien es cierto el usuario no está obligado a la relación notarial; sin embargo, si desea que el acto o negocio jurídico que efectuó sea oponible frente a terceros deberá necesariamente acudir ante el fedatario de su elección. En este sentido la

prestación dicha es también obligatoria para los particulares.

En otro orden de ideas, que el mencionado servicio sea monopólico es una cuestión que podría discutirse. Si por monopolio, -en sentido amplio-, entendemos que la función de fedatario sólo puede ser ejercida por una categoría particular de "depositarios" de la fe pública, denominados notarios públicos, entonces sí estamos en su presencia.

Sin embargo, como el notariado costarricense opera en función de una autorización, y no de un nombramiento por parte del Estado; y además, aquella autorización de que es objeto el fedatario, le otorga el derecho a inscripción, más no necesariamente al ejercicio, el cual está supeditado al cumplimiento de todos los requisitos y condiciones que establece el CN. Entonces, el concepto de monopolio se diluye porque cumplidos a cabalidad los requisitos y condiciones exigidos por el citado cuerpo de leyes, la DNN los verifica y procede a la habilitación respectiva.

El servicio público notarial está además, respaldado por el Estado de modo que cuando el fedatario intente la inscripción del documento ³¹ inscribible en el Registro de que se trate, aquella institución pública está obligada a la misma, por supuesto previo examen, estudio y análisis de la legalidad del documento.

6. La persona que presta el servicio: el notario público

Con relación a la persona que presta el servicio, afirma la doctrina contemporánea que no es ya sólo la administración por sí misma o por medio de concesionarios, como fue al principio, sino que además existen otras entidades encargadas de un servicio público; así, v.g. las asociaciones profesionales tales como el Colegio de Abogados, cuya actividad está generalmente sometida a un régimen "exorbitante al derecho común"; porque tienen asignadas por ley atribuciones de poder público en ciertas materias, como por ejemplo el ingreso a la profesión, control de la investidura, etc.

Esas asociaciones profesionales, como el colegio citado, no son personas enteramente ajenas al proceso administrativo, que les viene asignado por ley; porque a través de aquel tipo de norma, el Estado crea el ente y le confiere tales facultades sin limitación temporal prefijada.

De conformidad con lo anterior, cuando la ley crea un ente, o autoriza la constitución de un ente, y le confiere el ejercicio de una parte de la función administrativa, aquella función se ejerce en forma indirecta; es decir, por órganos distintos de los directamente encargados por la Constitución para realizarla.

De acuerdo con lo dicho, al notario público se le ha conferido por ley (Código Notarial), mediante depósito, el ejercicio de una parte de la función típicamente administrativa: **la fe pública**. Dicha función es ejercida en forma indirecta; es decir, por un órgano distinto (notario) del que directamente está encargado por la Constitución para realizarla: **el Estado**.

En nuestro caso, la ley (Código Notarial) estableció que aquellos órganos distintos del Estado que ejercieran la función dicha (fedatarios públicos) **serían investidos por el mismo Estado**, a través de la **Dirección Nacional del Notariado**, dependencia del Poder Judicial; a quien se le fijó el deber de organizar adecuadamente, en todo el territorio costarricense, tanto la actividad notarial, como su vigilancia y control.

De esta manera, a la D.N.N. también le corresponde la inscripción y juramentación de los notarios públicos, según lo regulan los artículos 10 y siguientes y 24 inciso a) CN.

En esta línea de pensamiento se sostiene que *"...el notariado es una función objetiva del Estado, cuya esencia lo determina la fe pública y los límites de ella en el notario, por los alcances y vigencia de la función notarial en el notario, la ética y moral de fedatario y los efectos de la publicidad registral notarial..."*.

En razón de lo anterior, y partiendo del análisis del artículo 1 del Código, "...nos introduce

en forma concreta dentro de un contenido de principios rectores en la materia, que determinan al notariado como:

- a) Una función objetiva del Estado.
- b) La autorización de que es objeto el fedatario, le otorga el derecho a inscripción, no así al ejercicio.
- c) La DNN con competencia exclusiva en la materia: c-1) aprueba o no la autorización para ser y ejercer como notario, c-2) Decreta la inhabilitación del fedatario por pérdida de la vigencia de función en el notario, y c-3) Registra el estado activo o no del fedatario.
- d) El notario es responsable civil, penal y disciplinariamente. El Estado no asume responsabilidad alguna por el daño que ocasione el fedatario en el ejercicio del notariado.
- e) La publicidad registral notarial comparte efectos derivados del ejercicio y el servicio que él brinda (publicidad del estado del fedatario).
- f) Dependencia total de la ética y la moral del notario en la publicidad del estado del fedatario."

7. 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.

8. 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:

- f) 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
- g) 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).

II. 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 **"numera pública"**, 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 amparado 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 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. El 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. El 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 exclusiva-mente.

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*****" ⁴⁷ (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, contraríamos 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 publico, 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:



1. 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 muñera 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 prohiarla, 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 artículo 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.

2. 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 munus 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 condiciones 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.



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.

- 1 Infante Meléndez, G. A. (2005, Enero-Abril. 106) Naturaleza Jurídica del Notariado Costarricense. Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica. 177-194.
- 2 Vargas Jimenez, C. (2006, Junio-Julio 234-235) El notariado como servicio público. Revista Ivstitia. San José, Costa Rica. 20. 4-18.