

**UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA
SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL PARA EL FUNCIONARIO
PÚBLICO, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL
COSTARRICENSE Y OTRAS AUTORIDADES. LA EFICACIA DE LOS LÍMITES
NORMATIVOS.**

**Tesis de graduación sometida a la consideración del Tribunal Examinador
del programa de Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de
Ciencias Sociales, para optar por el grado de:**

Maestría en Derecho Constitucional

Por

Yuri Lisbeth Coto Marín

**San José, Costa Rica
2003**

“...Los derechos humanos, no nacen, son reconocidos por los hombres e incorporados al derecho de la constitución...”

Dr. Rodolfo Pizza Escalante.

Agradecimientos

A Jehová en el nombre de Jesucristo, que me ha prestado tanto lejos de merecerlo, y me permitió con su luz y amor, la confección de este trabajo, contra la adversidad.

A mi esposo y amigo, por su amor y apoyo incondicional.

A mis padres por su amor y apoyo fiel.

A Ligia Palma Zumbado, Ruth Cordero Cano y Gonzalo Carvajal, por darme su apoyo, consejo y colaboración en el desarrollo de este trabajo de investigación.

Al Msc. Luis Mesén García, por su amistad y comprensión.

Al INVU, institución que por su función, merece amarla como símbolo de solidaridad humana para nuestra sociedad y por permitirme el sueño de continuar estudiando.

A los licenciados Miguel Ángel Porras Villegas, María del Carmen Redondo Solís y Gabriela Salazar, funcionarios del INVU, por su apoyo, buena voluntad y paciencia, que me permitió el nivel de estudio por el cual hoy opto.

A la Dra. Anette Castro Vargas, por su humanidad, vocación, profesionalismo y guía.

Al recordado Dr. Rodolfo Pizza Escalante, porque, en sus lecciones, me enseñó el amor por nuestra hermosa Constitución Política así como el valor, aplicación objetiva y respeto por los derechos humanos y fundamentales, cuyo aporte ha quedado documentado, para nuestra gracia, hasta la posteridad.

A mi director de tesis, Dr. Paul Rueda Leal, por su apoyo y guía para la realización de esta investigación.

A todos mis compañeros, que de alguna forma me han apoyado y se preocupan por mi bienestar.

Dedicatoria

A Jehová y su hijo Jesucristo, por darme la luz que guía mi camino

A Flor y Luis, mis padres por su amor y apoyo. A ti mami, por tu dedicación, amor, influencia de cariño hacia al estudio, apoyo fiel e incondicional.

A mi esposo, "mi vido", por su amor, apoyo y ejemplo de fortaleza.

A mis hermanos, Jasón y Luis Alberto, "mis amores", por su amor, apoyo y colaboración incondicional, en todo momento.

A Ariana, "el amor de tía", por ser el ángel que nos reitera el amor en nuestras vidas.

A mi abuelito materno, abuelito Víctor, por tu demostración de orgullo hacia mí por esta honorable profesión, que he logrado para tu satisfacción también, aunque hoy veas mi éxito desde donde Dios te tiene.

A Bruno y Caricia, por su tierna, dulce y satisfactoria compañía.

A los licenciados: Lidia González Mora, Inés Navarro Sancho, Alvaro Coghi Gómez, Lucas Raúl Ulloa Hidalgo, Víctor Polinaris Vargas, Pablo Casafont Odor, en respeto a su incansable lucha.

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN.....

..... 19

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS..... 29

CAPÍTULO II

*LA FUNCIÓN NOTARIAL PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN VIGENCIA
DE LA LEY ORGÁNICA DEL NOTARIADO Y SUS REFORMAS,
PREVIAMENTE A LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO NOTARIAL.*

1- ASPECTOS METODOLÓGICOS.....

45

a. Relación laboral.....	46
i. Concepto.....	46
ii. Elementos.....	46
1. Subordinación	47
2. Remuneración de los servicios.....	48
a. Salario.....	49
i. Concepto doctrinario.....	49
ii. Principios que rigen la materia salarial.....	49
iii. Definición legislativa.....	50
iv. Definición jurisprudencial.....	52
v. Elementos que integran el salario.....	53
vi. Efectos del salario como obligación para el trabajador.....	54
1. Cobertura social.....	55
b. Ejercicio independiente del trabajo.....	56
c. Crítica.....	56

2- LA FUNCIÓN NOTARIAL.....

57

a. La interdependencia de las labores de abogado y notario.....	57
i. Concepto y funciones del profesional en Derecho.....	58

1. Elementos.....	61
2. Retribución.....	62
a. Por salario fijo.....	62
b. Por honorarios.....	63
ii. Función notarial.....	63
1. Fundamento jurídico.....	64
2. Concepto jurisprudencial.....	65
3. Actividad y sujeto que la ejerce.....	65
a. El notario público.....	66
i. Concepto.....	66
ii. La publicidad de la función notarial.....	68
iii. Requisitos.....	69
1. Ejercicio independiente.....	70
2. Imparcialidad.....	71
3. Posición jurisprudencial de lo anterior.....	71
4. Diferencia entre la función notarial con el funcionario público común.....	72
5. Régimen disciplinario.....	73
6. Forma de retribución de la labor notarial.....	73
a. Principio que rige el pago de honorarios.....	74

3- DE LA UNIDAD DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO Y

LA FUNCIÓN NOTARIAL..... 80

1. Reconocimiento de la unidad entre la profesión de abogado y la función notarial en el régimen de empleo público.....	80
i. Síntesis de criterio seguido por la jurisprudencia.....	80
1. Interdependencia de la relación laboral y la función notarial.....	81
2. La imparcialidad del Notario, en la función notarial.....	83
b. Tesis contraria a la independencia ideal de la profesión en derecho de la función notarial.....	86
i. Reconocimiento jurisprudencial de la unidad entre la profesión de abogado y la función notarial.....	91
1. Elementos de esta posición.....	92
2. Interpretación de los elementos tácitos en resolución no.88- 89.....	93
c. Forma de retribución por las labores, según la resolución no.88-89. 95	
i. Dedicación exclusiva.....	95
1. Origen.....	95
2. Naturaleza.....	97
3. Concepto.....	97
4. Efectos de la dedicación exclusiva.....	98
a. Causa que la constituye.....	98

b. Proceso para suspender los efectos de la dedicación exclusiva.....	99
i. Diferencia entre acto y contrato administrativos.....	100
ii. Régimen jurídico de las nulidades, según sea un acto o un contrato administrativos.....	102
iii. Procedimiento para la suspensión de los efectos de la dedicación exclusiva.....	103
ii. Forma de pago para los abogados en régimen de funcionario público que ejercen el notariado, según se hayan acogido o no a la dedicación exclusiva.....	105
1. Abogados en servicio público, que ejercen notariado, acogidos al régimen de dedicación exclusiva.....	105
En el caso de dedicación por concepto de abogado únicamente	106
a. En el caso de los abogados acogidos al régimen de dedicación exclusiva, que ejercen notariado.....	107
i. Criterio previo.....	107
1. Excepción.....	108
ii. Variación de criterio.....	109
iii. Imposibilidad de pago de dedicación exclusiva por el no ejercicio del notariado	110
b. Abogados en régimen de servicio Público, no acogidos a la dedicación exclusiva.....	111

d. Contratación de notarios externos en la administración pública.....112

4- DERECHOS ADQUIRIDOS.....

114

a. Posición jurisprudencial del período.....114

CAPÍTULO III.

EL EJERCICIO DEL NOTARIADO PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO, SEGÚN POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL, EN VIGENCIA DEL CÓDIGO NOTARIAL. LEY 7764.

1. EL DERECHO AL EJERCICIO PROFESIONAL.....117

a. Características.....118

i. El desempeño de profesiones tituladas es una modalidad de ejercicio del derecho al trabajo.....118

ii. Es un derecho fundamental y que está permeado por el Principio de libertad.....118

iii. Su modulación jurídica es, pues, materia propia de la ley formal, a la que debe subordinarse la potestad reglamentaria.	121
1. El régimen jurídico de las libertades públicas.....	121
a. Características.....	122
i. Principio <i>pro libertatis</i> que informa la interpretación de los derechos fundamentales.	122
ii. Principio de <i>reserva de ley</i>	123
1. Características.....	123
2. Límites a la regulación.....	126
a. Para el legislador.....	126
b. Para el Poder Ejecutivo al reglamentar la ley.....	128

2. LA FUNCIÓN NOTARIAL COMO MODALIDAD DEL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL.....	128
a. Concepto normativo actual.....	128
b. Ejercicio profesional del notariado.....	129
c. Principios que rigen el ejercicio profesional del notariado.....	130
i. El principio de independencia y.....	130
ii. El principio de imparcialidad.....	130
d. Nueva conceptualización de los principios que rigen la función notarial.....	132

i. Adecuación del principio de independencia.....	139
1. Para el funcionario público contratado únicamente para la función de abogado y no de notario, por la administración pública	141
a. De la independencia entre las funciones de Abogado y de notario según su relación con la Administración Pública....	142
i. Funcionarios públicos en relación laboral, contratados con funciones exclusivas de abogados, acogidos al régimen de dedicación exclusiva	142
1. Fundamento de la posición anterior.....	143
2. Obligación de cese a su ejercicio notarial liberal.....	144
a. Excepción al cese del ejercicio notarial liberal.....	145
ii. Formas de contratación de servicios de abogado y de notario conjuntamente en un solo servidor.....	148
1. Como servidores de la institución, por relación laboral.	149
a. Del contrato de trabajo.....	150
b. Constitución de la ración laboral.....	151
c. Del salario fijo como forma de retribución.....	152
d. De la prohibición de notariar para persona externa o en forma liberal	153
2. Como servidores de la institución, por servicios profesionales externos.....	157
a. Del contrato de trabajo.....	159

i. De la legislación que autoriza el contrato a salario fijo del abogado- notario.....	159
b. De la relación que se establece.....	162
c. De la renumeración por el servicio.....	162
d. De la posibilidad de notariar liberalmente.....	163
2. Justificación de los impedimentos al ejercicio del notariado para el funcionario público.....	164
3. POSICIÓN CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS ADQUIRIDOS.....	165
a. Posibilidad de eliminar el efecto del derecho adquirido o la situación jurídica consolidada.....	171
i. Sobre la violación que causa las nuevas disposiciones del C.N., a los Derechos adquiridos, situaciones jurídicas consolidadas y la irretroactividad de la ley	175

CAPÍTULO IV

EL SALARIO FIJO, COMO RETRIBUCIÓN AL EJERCICIO DEL NOTARIADO PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO, EN RELACIÓN LABORAL Y EL DERECHO FUNDAMENTAL AL SALARIO JUSTO CONSAGRADO EN NUESTRA C.P.

1- EL EJERCICIO DEL NOTARIADO PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN RELACIÓN LABORAL.....	179
a. Fundamento jurídico, para el ejercicio del notariado, al funcionario público	179
i. De la fundamentación jurídica que permite a la Administración Pública, la contratación de abogados-notarios, mediante relación laboral y retribución fija	180
1. Normativa legal aplicable.....	180
a. Normativa genérica.....	180
b. Normativa específica.....	184
2. Jurisprudencia.....	185
3. Doctrina.....	188
ii. De los principios que rigen la materia.....	191
1. De la independencia.....	191
a. Oficina abierta al público.....	194
b. Superposición horaria.....	194

2. De la imparcialidad.....	194
-----------------------------	-----

2- EL SALARIO FIJO, COMO RETRIBUCIÓN AL EJERCICIO DEL NOTARIADO, PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO, EN RELACIÓN LABORAL.....	197
---	------------

a. Sobre el salario justo.....	197
b. Sobre el pago por la imposibilidad de ejercer en forma externa la función notarial.....	198

3- EL DERECHO FUNDAMENTAL AL SALARIO JUSTO CONSAGRADO EN NUESTRA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.....	199
--	------------

CAPÍTULO V.

*ANÁLISIS DOCTRINAL, NORMATIVA Y EFICACIA, SOBRE LOS
IMPEDIMENTOS REGULADOS PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL
EJERCICIO DEL NOTARIADO*

1- SOBRE LOS IMPEDIMENTOS REGULADOS PARA EL
--

<i>FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL EJERCICIO DEL NOTARIADO</i>	<i>206</i>
<i>2- LOS LÍMITES REGULADOS PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL EJERCICIO DEL NOTARIADO.....</i>	<i>208</i>
<i>3- LA CARA SUBJETIVA, DE LOS LÍMITES AL EJERCICIO DEL NOTARIADO, PARA LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....</i>	<i>214</i>
<i>4- EXAMEN CONSTITUCIONAL DE LOS ARTÍCULOS 5 INCISO d) y 7 b) DEL CÓDIGO NOTARIAL.....</i>	<i>221</i>
<i>RECOMENDACIONES y CONCLUSIONES.....</i>	<i>233</i>
<i>REFLEXIÓN.....</i>	<i>237</i>
<i>- Del vigente Código Notarial.....</i>	<i>239</i>

- <i>En materia de salario</i>	
<i>justo</i>	249
- <i>Dentro del análisis propio del espíritu de creación de la normativa para el ejercicio del notariado para los funcionarios públicos, así como la</i>	
<i>jurisprudencia</i>	252
- <i>En forma genérica se</i>	
<i>concluye</i>	254
- <i>En cuanto a los derechos</i>	
<i>adquiridos</i>	282
- <i>La cara subjetiva de los límites al ejercicio del notariado para los funcionarios</i>	
<i>públicos</i>	286
ANEXOS Y APÉNDICES	296
1- Cuadro de Análisis comparativo, entre la aplicación genérica de los límites al ejercicio del notariado para los funcionarios públicos y la restricción específica, que permite el ejercicio del notariado a funcionarios públicos, bajo ciertas circunstancias, según la jurisprudencia de nuestra Sala	
Constitucional	296

2- Informe consultivo de la Procuraduría General de la República de fecha 11/07/2003, al Expediente de Acción de Inconstitucionalidad No. 01-003907-007-CO.....	307
3- Parte resolutive del voto constitucional no. 5417-03 del 25 de junio de 2003, expediente 01-003907-007-CO de la Sala Constitucional.....	33
5	
4- Normativa constitucional infringida.....	336
BIBLIOGRAFÍA.....	337

ABREVIATURAS

C. N.	Código Notarial
C. P.	Constitución Política
P. G. R.	Procuraduría General de la República
L. G. A. P.	Ley General de la Administración Pública
L. O. N.	Ley Orgánica del Notariado
L. O. P. J.	Ley Orgánica del Poder Judicial
C. G. R.	Contraloría General de la República

INTRODUCCIÓN

Considerar que a un profesional en Derecho, a pesar de su ideal y adecuada formación, especializado para el ejercicio de la función del notariado, supuestamente resulta estar impedido para ejercer esta función en la Administración Pública, bajo ciertos límites normativos que así se lo condicionan, es una posición legislativa e interpretación jurídica de la Dirección Nacional de Notariado, que merece ser analizada con profundidad, a fin de determinar en ella, los motivos objetivos que se fundamenten, en cuanto a la supuesta incompatibilidad entre la función pública y la función notarial.

Es importante analizar la rígida posición normativa, que a primera vista prohíbe (o suspende) el ejercicio del notariado al funcionario público, fundamentada en los principios de **independencia** entre la función pública y la función notarial, así como la **imparcialidad** que debe existir en los intereses del profesional que ejerza la función notarial en contraposición con la profesión legal. Esta rigidez se ha flexibilizado y revertido la efectividad que la norma

pretende, al permitir ese ejercicio al abogado, en régimen de empleo público, con la única condición de no cobrar honorarios a su patrono (sea institución pública, etc.), sin dejar de lado el consecuente reconocimiento de nuestra legislación, sobre la existencia de una única profesión de Derecho, la cual tiene como especialidad la función notarial. Así se requiere que sea definido el fin específico que la norma pretende.

La condición facultativa que le ha permitido al abogado y notario, escoger sobre el ejercicio de notariado gratuito, o el ejercicio liberal de esa especialidad de la profesión, estando en régimen laboral, evidentemente no ha tenido ninguna consecuencia dañina a la función pública, **siendo que la única consecuencia es que, al acogerse al notariado gratuito, deviene en un detrimento económico al servidor público, por no existir en la actualidad retribución adecuada por la labor intelectual desempeñada**, puesto que, al realizar un análisis se concluye que, es uno de los aspectos que merece especial atención en este estudio, ya que considero que esta evidente imposición de la norma se contrapone al principio fundamental, en lo aplicable, de **"igual salario para igual trabajo"** consagrado en el artículo 57 de nuestra

C.P.¹, así como creo oportuno, traer a colación la valoración del Principio de **"equivalencia de las prestaciones"** que rige en materia de derecho administrativo, mediante el cual se le prohíbe a la Administración Pública el no hacer frente, con retribución económica, a las labores desempeñadas por sus servidores, en el entendido que dicha labor se constituye por su solo hecho en contraprestación, por lo que permitir que el funcionario ejerza una función a favor del Estado, en forma gratuita, sin reconocimiento alguno de por lo menos un porcentaje debidamente establecido por especialidad, en el que objetivamente además se reconozca el pago de los gastos externos que debe cubrir el notario, para poder ejercer y efectuar la labor asignada, tiene como efecto inmediato, según la hipótesis que nos ocupa, el aval de la norma, para un enriquecimiento del patrono en detrimento del trabajador o profesional que presta sus servicios.

¹ Artículo 56.- El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo.

Artículo 57.- Todo trabajador tendrá derecho a un salario mínimo, de fijación periódica por jornada normal, que le procure bienestar y existencia digna. El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia.

Todo lo relativo a fijación de salarios mínimos estará a cargo del organismo técnico que la ley determine.

Asimismo, no puede dejarse de lado el estudio del caso, en relación con el principio de **no discriminación** y el de **igualdad**, así como el de **buena fe, inamovilidad para el servidor público, obediencia y desobediencia**, estos tres últimos consagrados en la L.G.A.P., que al parecer desvirtúan lo que considero una regulación legislativa que presupone la mala fe en los servidores públicos.

Los límites impuestos al funcionario público para el ejercicio del notariado, son un tema que ha causado polémica desde su origen, lo que demuestra la complejidad del mismo, y que requiere cuidadosa atención, con la finalidad de no causar perjuicios graves, ni a la misma función pública, que se supone es el asunto de fondo que se ha intentado proteger y por el cual se ha limitado legislativamente la mencionada función; ni a los profesionales en Derecho, que por su formación ideal, son los únicos posibles depositarios de la delegación, no solo en forma de ejercicio independiente, sino también como un efecto de la misma función pública, que pueda ejercer en su carácter de abogado, en virtud de su idónea formación profesional y en atención al aseguramiento de la vigencia y no obstaculización de los principios de Derecho Administrativo - que rigen a la Administración Pública -, de

continuidad, eficiencia y adaptación, por lo que requerir mantener dentro de la planilla interna de cada institución pública, funcionarios que ejerzan la función notarial, más que obstaculizar la función pública o perjudicarla, es una condición práctica y eficiente, así como efectiva, convirtiéndose en un servicio productivo.

Cabe destacar que deberá hacerse hincapié en el tema de los elementos de **independencia** e **imparcialidad** que han regido la materia notarial, distinguiendo esta última, de la *imparcialidad* judicial que requiere ser impuesta a los funcionarios del Poder Judicial, por la especificidad de su función, y de la facultad que autoriza a los servidores públicos, según la Ley General de Administración Pública, para incumplir o ir en contra del poder de mando arbitrario, en una relación simplemente patronal o laboral, al permitir al funcionario público el derecho de no obedecer en situaciones específicamente irregulares, lo que con mayor razón, y al amparo del principio fundamental de buena fe, es posible, como se ha venido demostrando, que los abogados en régimen de empleo público, ejerzan la función notarial, en forma imparcial.

Otro aspecto que merece considerarse aquí es la variación de criterio jurisprudencial en materia de **derechos adquiridos**, que va desde el mantenimiento rígido de un derecho adquirido reconocido e inviolable por el paso del tiempo, cuyo efecto se mantendrá aunque se anulara la norma que le dio vida y aunque se cree otra nueva que la desconoce, hasta la posibilidad de anular dicho derecho, unilateralmente por el patrono o interesado, con el adecuado pero simple pago de una indemnización económica.

En el primer capítulo, se explicará la metodología básica que se utilizó como método para la confección de este estudio.

Para establecer un análisis serio, es oportuno en el segundo capítulo, identificar en forma genérica e histórica las disposiciones jurisprudenciales que con ocasión de la primera Ley Orgánica del Notariado² y sus reformas³, rigieron previamente a la promulgación del actual C.N., (así como los decretos que reglamentaron la materia), y han **limitado el ejercicio de la función del notariado al funcionario público**, en nuestro país, tanto a lo interno como a lo externo de la

² Ley Orgánica del Notariado, no. 26 de 12 de octubre de 1887.

³ Ley Orgánica del Notariado, no. 39 de 5 de enero de 1943 y sus reformas.

Administración Pública, para lo cual es inevitable extraer los criterios vinculantes y opiniones sobre el particular que han tenido nuestras P.G.R., C.G.R., Tribunales de Trabajo, Salas Primera y Segunda y sobre todo nuestra Sala Constitucional, así como es inevitable, el acudir a otras disposiciones dentro del ordenamiento público, que también limitan al notario, en régimen de empleo público, para percibir alguna remuneración que no sea salario o dieta por la prestación ordinaria del trabajo en el sector estatal, a lo que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que se debe a que "... ha habido, en esa materia, un deseo de proteger a la función pública"⁴.

Esta situación se ha hecho evidente desde el nacimiento de la normativa que regula la función notarial en Costa Rica⁵ en el cual se ha establecido como principio fundamental, **"el impedimento e incompatibilidad de la función del notario con la función pública"**, por razones que la misma Sala Constitucional de referencia, ha vertido en varios votos, los cuales se analizarán en este estudio; la posición de nuestra Sala Constitucional quedará definida, en lo posible, en el tercer capítulo, acerca de la interpretación de la posición

⁴ Voto 649-93 de las 14:45 horas del día 9 de febrero de 1993.

sobre los límites impuestos al funcionario público por el C.N. vigente.

Cabe reiterar, que este tema se ha considerado "**complejo**" ya que los efectos de esas regulaciones no han surtido la eficacia que al parecer las mismas normas han intentado lograr, situación que, creo firmemente, son producto de haberse legislado en condiciones contrarias a la realidad material y práctica de la conducta que la norma requiere regular para su eficacia y el buen desempeño de las instituciones públicas.

En consecuencia de lo anterior, procederé a emitir algunas conclusiones de la posición de cada período y en algunos casos también acerca de las justificaciones que nuestra Sala Constitucional y otras autoridades, han resuelto en la materia, a fin de establecer la posición que ha regido, previamente y en vigencia, a la promulgación del nuevo C. N.

⁵ Ley Orgánica del Notariado, no. 26 de 12 de octubre de 1887.

Es importante resaltar que no ha existido una clara interpretación respecto de estos límites, y que existe numerosa jurisprudencia que pareciera ir en sentido contrario unas de otras, no obstante, se intenta aclarar el texto de la norma, que aunque parece muy claro, da la impresión de haber sido interpretado en forma errónea por órganos de dirección tales como la Dirección Nacional de Notariado en su Directriz 06-2000 de las 10 horas de 22 de agosto de 2001, publicada en Boletín Judicial no. 26 del 06 de febrero de 2001; así como el artículo 7 inciso ñ) y el párrafo final del artículo 11 del Reglamento de Fiscalización Notarial a lo Interno y Externo de la Dirección de Notariado, Directriz no. 1-2001 de las 10:00 horas del 30 de enero de 2001 .

Asimismo, en síntesis, se intentará confrontar el efecto que la norma y la jurisprudencia, así como criterios vinculantes de otros órganos, han causado con relación a los principios en materia de derecho Público, entre otros, de:

- No discriminación.
- Buena fe.
- Salario justo.
- Equivalencia de las prestaciones.

- Inamovilidad.
- Obediencia.
- Desobediencia.

Los dos últimos anteriores, en relación con la facultad que le asiste al funcionario público, de realizar o no una labor encomendada por su patrono.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

I. Primera etapa: Diseño de la investigación.

Existe mucha controversia e interpretación variada (doctrinaria, administrativa y jurisprudencial) acerca de la posibilidad del ejercicio notarial para el funcionario público, sin que se haya definido clara y expresamente la existencia de los límites y las excepciones específicas para este ejercicio.

Por otra parte, hay suficiente información jurisprudencial para establecer las definiciones, condiciones y las posibles excepciones.

Por tratarse de un tema complejo, este estudio va a ser muy útil para las autoridades académicas y la sociedad en general, ya que aporta un análisis jurisprudencial de los límites del ejercicio notarial, según lo establece nuestro máximo órgano constitucional, la Sala Constitucional.

a) Planteamiento del problema:

Con la vigencia del nuevo Código Notarial, muchos funcionarios públicos que venían ejerciendo el notariado activamente (regidos por la Ley Orgánica del Notariado y sus reformas), tanto para el patrono (Estado) como en forma privada (después de horas laborales), fueron obligados por sus patronos y por la Dirección Nacional de Notariado, a suspender este ejercicio a raíz de una serie de interpretaciones "subjetivas y cuestionables", pero al mismo tiempo, legalmente válidas, en virtud de la facultad jurídica que le otorga el nuevo Código Notarial a esa Dirección sobre esta materia, previamente al pronunciamiento de la Sala Constitucional al respecto.

El fundamento de la Dirección de Notariado y otras autoridades administrativas al establecer la suspensión, se sustenta en la imposibilidad del ejercicio notarial por constituirse esta en una función pública que no se complementa con la del funcionario público, ya que las dos se contraponen en el mismo tiempo y espacio para su ejercicio, por lo que la suspensión del ejercicio

notarial operó en forma automática para los funcionarios públicos, obligando a las instituciones públicas al contrato de profesionales en esta materia por servicios profesionales.

Esta situación provocó la deducción de la posible violación de algunos derechos fundamentales de dichos funcionarios, tales como: violación al salario justo, no discriminación, legalidad, derechos adquiridos, buena fe, derecho al trabajo, así como que la normativa vigente, parece autorizar la violación a los principios del Derecho Administrativo de: equivalencia de las prestaciones, adecuación, adaptación y servicio continuo, (idoneidad, eficiencia y continuidad).

Asimismo, se desvirtúa la naturaleza de la función notarial y prácticamente se le establece "precio" a la fe pública; con la readecuación y flexibilización de los principios de independencia e imparcialidad que, rígidamente, han regulado esta materia.

c) Hipótesis

- Resulta constitucionalmente legítimo que el funcionario público ejerza, de manera retribuida, la función de abogado y notario conjuntamente, en el mismo espacio y tiempo.

d) Objetivos generales de la investigación:

- Objetivar el razonamiento general sobre la ética profesional en relación con la buena fe y el funcionario público.
- Estudiar y evaluar la eficacia y validez de los límites al ejercicio notarial para el funcionario público.

e) Objetivos específicos de la investigación:

- Analizar si resulta constitucionalmente legítimo que el funcionario público ejerza, de manera retribuida, la función de abogado y notario conjuntamente.

- Examinar el ejercicio notarial para el funcionario público a la luz de los principios de adecuación, eficiencia y continuidad que rigen a la Administración Pública.

- Evaluar si el ejercicio notarial es una especialidad de la profesión de abogado.

- Estudiar si es legalmente posible el ejercicio notarial para el funcionario público, con relación laboral y la única retribución de salario fijo.

- Investigar si la obligada gratuidad de los servicios notariales de los empleados públicos, viola el derecho al salario justo, además si se opone al principio de equivalencia de las prestaciones para la Administración Pública, poniendo precio a la fe pública.

- Determinar si el impedimento al ejercicio notarial, para el funcionario público, en forma externa, violan los principios de libertad de trabajo, competencia leal, no discriminación, legalidad, derechos adquiridos y buena fe.

- Valorar el ejercicio de la función pública del notario a la luz de los principios de inamovilidad, obediencia y desobediencia debida, ética profesional y buena fe.

f) Metodología usada (descriptiva):

Conforme con el tipo de investigación descrita por Pablo Cazau, basándose en otros doctrinarios de importancia⁶, el tipo de investigación que aquí se realizó se constituye en descriptiva⁷, esto por cuanto

⁶ Cazau Pablo, "Introducción a la investigación en ciencias sociales", Rundinuskin Eductor, Buenos Aires, 1991, página 62. y Hernández Sampieri R., Fernández Collado C., y Lucio Pilar, (1991) "Metodología de la Investigación", McGraw Hill, México, 1996, capítulo 4.
Nota: El presente artículo sintetiza los conceptos del capítulo 4 del texto de Hernández Sampieri et al. (nota tomada del artículo en internet)

⁷ **2. Investigación descriptiva**

En un estudio descriptivo se seleccionan una serie de cuestiones, conceptos o variables y se mide cada una de ellas independientemente de las otras, con el fin, precisamente, de describirlas. Estos estudios buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno.

Mientras los estudios exploratorios buscan descubrir variables, los descriptivos buscan describirlas midiéndolas, y, por tanto, requieren mayor conocimiento del tema para saber qué variables describir y cómo hacerlo. Los estudios descriptivos pueden ofrecer también la posibilidad de hacer predicciones incipientes, aunque sean rudimentarias. Por ejemplo, si sabemos el promedio de horas que miran TV los niños de la ciudad X, podemos predecir con cierta probabilidad el tiempo que mirará TV un niño determinado de dicha ciudad. Otro ejemplo: si sabemos, en base a una muestra, cuánta gente votará a tal partido, podemos predecir con cierto margen de probabilidad o error, si triunfará en las elecciones.

una primera fase comprendió la recopilación en la red Internet de la jurisprudencia existente, así como de los criterios de nuestros órganos Procurador y Contralor, desde la vigencia de la Ley Orgánica del Notariado y sus reformas, hasta el actual y vigente Código Notarial, sea hasta el mes de marzo de 2003.

Además, se recopiló toda la doctrina y normativa relacionadas con el tema, con el fin de analizar la línea de pensamiento que se ha seguido sobre los límites al ejercicio notarial para el funcionario público.

Dicha documentación se agrupó en dos, por periodo, según la vigencia de la L.O.N. y sus reformas, y la segunda en vigencia del actual C.N. a partir de 1998 a la fecha.

En cada periodo se dividió la doctrina, legislación y jurisprudencia, tanto judicial como administrativa, y a su vez se clasificó por temas específicos, en los que se pudieron contraponer unos con otros, a fin de determinar si se mantenía una posición estándar al respecto de cada institución, o si por el contrario se da contraposición.

Efectivamente en cada periodo se constató la existencia de controversia entre la posición negativa que restringe el ejercicio notarial para el funcionario público, y la posición positiva, que autoriza el ejercicio notarial para dicho funcionario, aunque en ambos periodos se diferencia la condición, en forma evidente la misma obedece a términos eminentemente económicos.

Se analizaron, complementariamente, algunos derechos fundamentales y principios que rigen la Administración Pública.

Doctrinaria y normativamente se estudiaron los efectos de los impedimentos para el ejercicio notarial al funcionario público y se incluye, con posterioridad, lo dictaminado por la Procuraduría General de la República, en Consulta Constitucional, según expediente de la Sala Constitucional No.01-003907-0007-CO. Así como que se indica textualmente la parte dispositiva del Voto 5417-2003 de la Sala Constitucional que reitera nuestra tesis en principio.

Se hace la aclaración que el anterior criterio es conocido por la suscrita investigadora el 26 de junio de 2003, al

consultar los documentos del voto n.º 5417-03 de 25 de junio de 2003 de nuestra Sala Constitucional, lo que refuerza nuestra posición, en relación con la efectiva posibilidad del ejercicio notarial para el funcionario público mediante un salario fijo.

En síntesis, la investigación es únicamente documental y se recurrió a fuentes directas procurando compilar toda la información que al respecto ha mantenido nuestra Sala Constitucional y otras autoridades, a las cuales se les hizo el aporte de nuevas ideas y de criterios jurídicos, de manera complementaria.

II. Segunda etapa: Obtención de datos:

Retomando las fases anteriores del proceso investigativo, en la recolección de la información documental se siguió el procedimiento que a continuación se detalla:

- Vía Internet se revisó gran cantidad de jurisprudencia de la Sala Constitucional, Sala Primera y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema específico, dictámenes vinculantes y opiniones jurídicas

de la Procuraduría General de la República, Directrices y Dictámenes de la Contraloría General de la República, Directrices y Reglamentos que sobre la materia ha realizado la Dirección Nacional de Notariado, así como doctrina y legislación positiva y la derogada.

- Asimismo, se examinó, a fin de conocer el espíritu de creación de la normativa vigente, el expediente legislativo (n°. 10102) del Proyecto de Ley (n°. 7764) del actual Código Notarial. Lo anterior por cuanto es requisito indispensable para descubrir el sentido real de la conducta que la norma pretende regular, según la posición legislativa del momento.

III. Tercera etapa: Tratamiento de los datos:

Al amparo de lo antes descrito, en donde se dividió la documentación jurisprudencial en dos partes: una que correspondió al tema problemático en vigencia de la Ley Orgánica del Notariado (antes de 1998) y la segunda, a la información que se emitió estando vigente el actual código Notarial.

Así como que, una vez ordenada por periodos, se establecieron los temas y subtemas, así como su contenido, definiendo la posición de nuestras autoridades judiciales respecto del tema, en relación con otros temas y subtemas, que paralelamente deben ser analizados o sistematizados para una mejor comprensión de lo acordado por nuestras autoridades competentes, con énfasis en lo dispuesto por nuestra Sala Constitucional.

Tanto la doctrina, dictámenes, directrices, legislación positiva y derogada, según su periodo de vigencia, así como la jurisprudencia utilizada, que sirvieron de base a esta investigación, se encuentran debidamente incorporados como fundamento del razonamiento que se realizó para el desarrollo del tema central y los subtemas.

IV. Cuarta etapa: Interpretación de los datos:

- Se compararon cualitativamente los datos teórico-documentales, con la realidad imperante en cada periodo de vigencia de las normas que han regulado la función

notarial y los principios la rigen, y se determinó que no existe nexo entre la conducta que la norma pretende regular y la realidad.

- Se destacó la falta de relación entre los conceptos teóricos y jurisprudenciales y el real y efectivo ejercicio del notariado para los empleados públicos, lo que conlleva, sin lugar a duda, a la validación de la fuente "costumbre" que rige en materia de Derecho Administrativo y el Principio de Legalidad, apoyando así la Teoría de Hans Kelsen, al comprobar que la normativa que ha intentado restringir o limitar el ejercicio del notariado para el funcionario público, según su vigencia en cada uno de sus periodos, tanto en la Ley Orgánica del Notariado y sus reformas, como en el Código Notarial, convertido en una norma vigente pero ineficaz a la vez, por su inaplicabilidad en el tiempo. Esta teoría tiene sustento en el artículo 13 de la Ley General de la Administración Pública que regula el principio de "inderogabilidad singular de los reglamentos".

- Se resalta la clara diferencia que existe entre el principio de autonomía de la voluntad en Derecho Privado y el principio de legalidad en Derecho Administrativo, expresamente se regula la derogatoria tácita, por la no aplicación en forma general de la normativa correspondiente; a pesar de los límites normativos existentes para el funcionario público en el ejercicio del notariado, la realidad es que, por costumbre y tolerancia, así como se ha permitido para unos funcionarios públicos el ejercicio del notariado, debe permitirse para todos los demás funcionarios públicos que cuenten con los requisitos previos de ser profesional en Derecho.

- Toda la información documental se utilizó para la comprobación de la hipótesis como se podrá verificar en las conclusiones de esta investigación.

- Los límites al ejercicio notarial para el funcionario público no son absolutos (en el entendido de prohibición o suspensión total de los mismos), sino que parece ser que, por error, omisa e inadecuada interpretación

jurídica, la mayoría de las autoridades competentes en la materia, así lo han establecido.

- Lo anterior se concluye después de analizar los datos obtenidos, tanto de la Sala Constitucional, como de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (entre otros órganos administrativos), y se puede extraer claramente, que las prohibiciones absolutas, para el ejercicio notarial aquí en estudio, no tienen fundamento jurídico, por cuanto al amparo de los votos constitucionales 444-2000, 418-2001 y recientemente el voto 5417-2003, todos de la Sala Constitucional, especifican que las restricciones que se dan para el ejercicio notarial para el funcionario público, no son prohibiciones absolutas, pues lo único que limitan es dicho ejercicio en forma externa, pudiendo realizar únicamente este ejercicio para el patrono o Estado, con una retribución fija o salario.

- La errónea e infundada interpretación anteriormente apuntada ha tenido como consecuencias la violación de algunos derechos fundamentales de ese grupo de

colaboradores, en contraposición con los notarios que ejercen el notariado en forma liberal.

- Esa interpretación arbitraria, se debe a la subjetividad y absoluto desconocimiento de los principios que rigen el Derecho Administrativo y al funcionario público, como: legalidad, servicio, inamovilidad, deber de obedecer, desobediencia debida, equivalencia de las prestaciones, inderogabilidad singular de los reglamentos, y buena fe, en los cuales se fundamenta, objetivamente, la imparcialidad que rige al servidor público en contraposición con los trabajadores de la empresa privada.

- La realidad práctica imperante en la actualidad, es que la mayoría de las instituciones públicas que requieren de servicios notariales, son obligadas a la contratación de notarios externos, puesto que el espíritu de creación de la vigente normativa que rige esta materia (C.N., L.C.A.), es contrario; por lo que con esta violación se contraponen sobre todo al principio de buena fe y de inocencia, salario justo, libre competencia y no discriminación.

- Asimismo se sugiere profundizar sobre el examen constitucional de la normativa que establece los límites al ejercicio notarial del funcionario público por considerar que mantiene vicios de constitucionalidad, tanto en sus elementos de legitimidad, idoneidad, necesidad, razonabilidad, dejando claro que a nuestro parecer, dicha normativa actualmente vigente se contrapone a los principios constitucionales de buena fe y salario justo y equivalencia de las prestaciones entre otros.

CAPÍTULO II

LA FUNCIÓN NOTARIAL PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN VIGENCIA DE LA LEY ORGÁNICA DEL NOTARIADO Y SUS REFORMAS, PREVIAMENTE A LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO NOTARIAL.

1. FORMAS DE EJERCER EL TRABAJO

Dentro de las formas de obtener ingresos económicos, las personas realizan actividades de trabajo, entendidas estas como un esfuerzo humano tendiente o aplicado a la producción de riqueza⁸, dicha actividad puede generarse de dos formas: mediante una relación laboral o un simple ejercicio independiente.

Al respecto es importante detallar en qué consiste cada una de estas formas de trabajo, para una mejor comprensión de los efectos de cada una de ellas.

⁸ Se define el trabajo como: "Esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza". Según el Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Editorial Espasa-Calpe, S.A. Ríos Rosa, 26 Madrid, 1970.

a. LA RELACIÓN LABORAL

i. Concepto

Nuestra legislación laboral no habla expresamente del término "relación laboral", pero la define implícitamente al referirse al "contrato individual de trabajo", que es:

"Art. 18: Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otras sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de éste, y por una remuneración de cualquier clase o forma.

Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe".⁹

i.i. Elementos

De acuerdo con esta definición y con la doctrina tradicional¹⁰, son dos elementos esenciales de la relación laboral: la subordinación jurídica (o dependencia jurídica), y la remuneración de los servicios.

⁹ Código de Trabajo, Ley no. 2 de 26 de agosto de 1943 y sus reformas.

¹⁰ Dictamen C-007-91 del 14 de enero de 1991 de la P.G.R.

1. Subordinación

Por subordinación se entiende¹¹:

"En lo laboral, la subordinación equivale al Estado de limitación de la autonomía del trabajador, sometido a la potestad patronal, por razón de su contrato y en el desempeño de sus servicios, por autoridad que ejerce el empresario en orden al mayor rendimiento de la producción y el mejor beneficio de la empresa"., ¹²

"La doctrina más reciente del Derecho Laboral discute el papel que corresponde a la subordinación jurídica como elemento definidor no solo de la relación laboral, sino también del objeto propio del Derecho Laboral. No obstante, se acepta que en el vínculo laboral existe esa subordinación, permitiendo a una de las partes un poder de dirección y de mando:

"...por subordinación, en el Derecho de Trabajo, y jurídicamente considerada, hay que entender una especie de poder de quien da trabajo sobre quien lo presta, y que, sin quebrantar la libertad de este último, otorga una cierta potestad al primero. Esta potestad de mando equivaldría, en términos jurídicos, a la creación de una actitud o situación de obediencia en el trabajador dependiente respecto del empresario del cual éste depende. Obediencia que se traduciría **no en una postura de sumisión absoluta del trabajador** pero que sí abarcaría la necesaria realización de los servicios propios con una orientación técnica, dentro de los márgenes de una dependencia económica representada por la remuneración debida por el empresario al trabajador, y desarrollando su actividad dentro de un régimen jurídico creador de vínculos en los que la subordinación apareciese, al mismo tiempo, como poder de dirección y como poder de mando...". ¹³ (Lo destacado no es del original)

¹¹ ibid

¹² CABANELLAS, (Guillermo). "Compendio de Derecho Laboral", Buenos Aires, Bibliográfica OMEBA, 1968, p. 394.

¹³ ALONSO GARCÍA, (M). "Curso de Derecho del Trabajo", Ariel, Barcelona, 1975, pp. 107-108.

Al respecto nuestro órgano procurador indica en lo que interesa:

“Procede una afiliación como trabajador asalariado y el pago de las cotizaciones correspondientes, cuando el trabajador presta trabajo en una relación laboral, en la cual, consecuentemente, está sujeto a jerarquía, expresada en las potestades de dirección, mando e instrucción”¹⁴

Lo anterior parece referirse en términos genéricos a la relación laboral, dejando de lado especificar los derechos y deberes que le asisten al trabajador público por ley, que son en cierta forma, oponentes a la potestad patronal, permitiendo el deber de obedecer y desobedecer, cuando la situación lo requiera, bajo la protección del principio de inamovilidad.

2. Renumeración de los servicios

Doctrinariamente se entiende que la forma de contraprestación que debe recibir un trabajador en una relación laboral o contrato individual de trabajo es lo que se ha definido como salario.

¹⁴ Dictamen C-007-91 del 14 de enero de 1991 de la P.G.R.

a. Salario

i. Concepto doctrinario

La doctrina ha definido al salario, como

"...el conjunto de ventajas materiales que el trabajador obtiene como remuneración del trabajo que presta en una relación subordinada laboral. Constituye el salario una contraprestación jurídica, y es una obligación de carácter patrimonial a cargo del empresario; el cual se encuentra obligado a satisfacerla en tanto que el trabajador ponga su actividad profesional a disposición de aquél. El salario lo constituye la totalidad de los beneficios que el trabajador obtiene por su trabajo y tiene su origen en la contraprestación que está a cargo de empresario en reciprocidad a la cesión del producto de su actividad por el trabajador."¹⁵

ii. Principios que rigen la materia salarial

Acerca de los **principios** que rigen la materia salarial, el laboralista, De la Cueva, expresa que:

"...Cuando el Trabajador, de manera constante y a cambio de su labor ordinaria, obtiene determinada ventaja económica, es preciso considerarla para el futuro como parte integrante del salario".¹⁶

¹³ CABANELLAS, (GUILLERMO). "Contrato de Trabajo", Parte General, Vol. II. p. 325.

¹⁶ DE LA CUEVA, (MARIO) "Derecho Mexicano del Trabajador", Libro Primero, p. 644.

iii. Definición legislativa

De conformidad con el criterio de la P.G.R.¹⁷, y al amparo de nuestra C.P.¹⁸, el artículo 162 de nuestro Código de Trabajo define que el "salario o sueldo":

"... es la retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud del contrato de trabajo".

De acuerdo con el concepto transcrito, nuestra legislación se ha encargado también de establecer las modalidades¹⁹ que se deriven del mismo, y al respecto se refiere a²⁰:

- 1) **La forma de retribuir al servicio:** por tiempo, a destajo, por tarea;

¹⁷ Dictamen C-100-90 del 25 de junio de 1990, reiterado por dictamen C-106-1996, de la P.G.R.

¹⁸ "Artículo 57.- Todo trabajador tendrá derecho a un salario mínimo, de fijación periódica por jornada normal, que le procure bienestar y existencia digna. El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia. Todo lo relativo a fijación de salarios mínimos estará a cargo del organismo técnico que la ley determine". C.P. de Costa Rica, del 7 de noviembre de 1949 y sus reformas.

¹⁹ Código de Trabajo, Ley no. 2, del 26 de agosto de 1943, ver artículo 263, 164, 165, 166, 167, 168, 170 del Código de Trabajo.

²⁰ Dictamen C-100-90 del 25 de junio de 1990, reiterado por dictamen C-106-1996, de la P.G.R.

- 2) **Naturaleza de la retribución:** en dinero, en especie.
- 3) **Forma de percepción:** jornal o diario, quincenal, mensual e incluso anual,
- 4) **Naturaleza de los beneficios:** en dinero, en utilidades, etc.
- 5) **Modo de integrarse:** servicios como el de habitación y cualquier otro bien que se diere a un trabajador a cambio de su labor ordinaria, etc.;
- 6) **Forma de estipulación del salario:** convencional, legal.

"Hay que hacer hincapié que la normativa estatutaria del Servicio Civil así como la conexas a ésta, no dan una definición propia de salario, sin embargo en virtud del artículo 51 del Estatuto se establece que los casos no previstos ahí, se resolverán de acuerdo con el Código de Trabajo, la Ley de Seguro Social, los principios generales de Servicio Civil, los principios y leyes de derecho común, la equidad, la costumbre y el uso locales"²¹.

²¹ Dictamen C-100-90 del 25 de junio de 1990, reiterado por dictamen C-106-1996, de la P.G.R.

iv. Definición jurisprudencial²²

Nuestros tribunales de trabajo han entendido que:

"...el salario comprende no sólo el fijado en la escala respectiva, sino también las remuneraciones adicionales que por zonaje o por antigüedad se otorguen a los trabajadores; y debe ser con base en la suma total devengada que se calculen todas las indemnizaciones que otorga el Código respectivo, debiendo establecerse de antemano, cuáles son los suministros de carácter indudablemente gratuitos que otorgue el patrono al trabajador, con el fin de no tomarlos en cuenta en el cómputo de las indemnizaciones a que tiene derecho el servidor".²³

Asimismo, estos tribunales han manifestado que:

"La doctrina laboral admite que entran a formar cuerpo de la relación laboral en el mayor salario y otros beneficios especiales que el patrono concede al trabajador"²⁴.

²² Ibid.

²³ V. 1974, Tribunal Superior de Trabajo, N° 3959 de 14:55 horas de 22 de agosto, Ordinario Laboral de J.A.F. c/ C.N.P.

²⁴ Código de Trabajo, artículos 163 y. 1957 Loria Cortés vs. Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, asación N° 18, I Semestre, tomo único, pág. 324.

v. Elementos que integran el salario

Como puede notarse de todo lo apuntado, es claro que el salario o sueldo:

a. Solo responde al fijado en la escala salarial -en la Administración Pública está dada por la Ley n°. 2166 de 9 de octubre de 1957²⁵ y sus reformas-,

b. Sino también, que puede encontrarse conformado por diversos elementos, en tanto estos se otorguen al trabajador, en forma:

- permanente,
- habitual e
- invariable,

ya sea por la naturaleza, lugar u otra condición especial de la prestación de servicios.

²⁵ Ley de Salarios de la Administración Pública.

En este sentido, la P.G.R., en lo que interesa, ha indicado, que:

"...resulta imposible negar que al concederse un sobresueldo éste se integra al sueldo y que ambos forman o constituyen una unidad que representa el total del salario del servidor. Desde este ángulo -y a manera de ejemplo- es preciso consignar que si al trabajador se le despide con responsabilidad patronal el cálculo de sus prestaciones legales debe ser hecho tomando en cuenta el sobresueldo otorgado; igualmente éste ha de ser considerado para pagar sus vacaciones en el caso de que no las disfrute; para el cálculo de las incapacidades debe también incluirse el sobresueldo, lo mismo que para la determinación del aguinaldo. Cuando el servidor termina su relación de servicio porque se jubila en la fijación del monto de la pensión que le corresponde, el sobresueldo, necesariamente ha de considerarse como parte del sueldo." ²⁶

vi. Efectos del salario como obligación para el trabajador

En las obligaciones del trabajador, en una relación laboral, con objeto de su salario y partiendo de la misma naturaleza jurídica, se requiere de la denominada "cobertura social", la que, de manera puntual, también ya ha sido enmarcada por la Procuraduría mediante el pronunciamiento n° C-007-91 de 14 de enero de 1991. Se indica en lo que interesa lo siguiente:

1. Cobertura social

"A.- Cobertura del Seguro Social: relación laboral Los Seguros Sociales se establecen como protección de los trabajadores según se deriva del primer párrafo del artículo 73 de la C.P., que al efecto señala:

"Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine".

a partir de su afiliación y pago de las cotizaciones correspondientes. Ello no impide, empero, que los trabajadores independientes puedan tener igual acceso al Seguro Social, lo que obtendrán en el momento de autoafiliarse. La Ley de Organización de la Caja Costarricense de Seguro Social regula, en su artículo 3, estas dos formas de afiliación:

"Art. 3: Las coberturas del Seguro Social -y el ingreso al mismo- son obligatorias para todos los trabajadores manuales e intelectuales que perciban sueldo o salario.

El monto de las cuotas que por esta ley se deban pagar, se calculará sobre el total de las remuneraciones que bajo cualquier denominación se paguen, con motivo o derivadas de la relación obrero-patronal.

La Junta Directiva fijará la fecha en que entrará en vigencia el Seguro Social de los trabajadores independientes y las condiciones de este seguro, sin embargo todos aquellos trabajadores independientes que en forma voluntaria desearan asegurarse antes de entrar en vigencia el Seguro Social en forma general para este sector, podrán hacerlo mediante la solicitud correspondiente a la Caja Costarricense de Seguro Social la cual, para tales efectos dictará la reglamentación pertinente. Los trabajadores independientes estarán exentos de pago de la cuota patronal.(...)" (El subrayado no es del original).

Así, el primer párrafo comprende los trabajadores en situación de relación laboral, en tanto que el segundo abarca a los trabajadores independientes, como tales no sujetos a

una relación laboral. Estos últimos, por carecer de patrono, cubren exclusivamente la cuota como asegurado, sin que se haga el aporte patronal pertinente..." (Lo destacado no es del original)

b. EJERCICIO INDEPENDIENTE DEL TRABAJO

Este tipo de labor es desarrollada por el ser humano, sin mantener una relación laboral respecto de las características y efectos antes explicados; sobre esto nuestra Procuraduría ha indicado:

"...en tanto que el segundo abarca a los trabajadores independientes, como tales no sujetos a una relación laboral. Estos últimos, por carecer de patrono,..."²⁷

c. CRÍTICA:

La subordinación, en materia de la función pública, no implica una obediencia tan absoluta ni tan radical como lo expone el criterio vertido, ya que es, precisamente, con la Ley General de Administración Pública, que se obliga al funcionario a no obedecer en ciertos aspectos que le sean ordenados²⁸.

²⁷ Dictamen n° C-007-91 de 14 de enero de 1991 de la P.G.R.

²⁸ Al respecto, los artículos que regulan el deber de obediencia y la obligación de desobedecer, al funcionario público, en la Ley indicada, son:

2- LA FUNCIÓN NOTARIAL

a. LA INTERDEPENDENCIA DE LAS LABORES DE ABOGADO Y NOTARIO

De conformidad con lo dispuesto por la P.G.R.²⁹, se indica en lo que interesa, que:

"Artículo 1º. Las labores que preste el profesional en Derecho como abogado y como notario, son independientes y deben retribuirse por separado. Cuando un abogado que además es notario preste sus servicios por una retribución fija, se entenderá que dicho estipendio cubre únicamente sus labores de abogado y no sus labores como notario, aspecto sobre el cual el profesional tendrá derecho y obligación de cobrar

Artículo 108.-

Deberá desobedecer el servidor cuando se presente cualquiera de las siguientes circunstancias:

Que la orden tenga por objeto la realización de actos evidentemente extraños a la competencia del inferior; y

Que el acto sea manifiestamente arbitrario, por constituir su ejecución abuso de autoridad o cualquier otro delito.

La obediencia en una cualquiera de estas circunstancias producirá responsabilidad personal del funcionario, tanto administrativo como civil, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda caber.

Artículo 109.-

Cuando no se presente ninguna de las circunstancias enumeradas en los dos artículos anteriores el servidor deberá obedecer aunque el acto del superior sea contrario al ordenamiento por cualquier otro concepto, pero en este último caso deberá consignar y enviar por escrito sus objeciones al jerarca, quien tendrá la obligación de acusar recibo.

El envío de las objeciones escritas salvará la responsabilidad del inferior, pero éste quedará sujeto a inmediata ejecución de lo ordenado.

Cuando la ejecución inmediata pueda producir daños graves de imposible o difícil reparación, el inferior podrá suspenderla, sujeto a responsabilidad disciplinaria y eventualmente civil o penal si las causas justificantes resultaren inexistentes en definitiva.

Quedará a salvo lo dispuesto por el artículo 81.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Artículo 110.-

En caso de urgencia el inferior podrá salvar su responsabilidad aun si no ha podido enviar sus objeciones por escrito previamente a la ejecución.

En estos casos el inferior podrá hacer verbalmente sus objeciones ante el inmediato superior, pero se requerirá la presencia de dos testigos.

²⁹ Dictamen C-022-1987 del 28 de enero de 1987. C-164-87 del 31 de agosto de 1987, de la P.G.R.

por separado sus servicios y actuaciones como notario"³⁰.
(Lo destacado no es del original)

Lo anterior no solo en razón de lo dispuesto por el decreto citado, como se dijo en el dictamen C-076-87 del 07 de abril de 1987, sino también por la naturaleza de una y otra labor³¹. La misma opinión la mantiene la Procuraduría en criterios posteriores:

"De la norma jurídica transcrita queda claramente establecida la independencia absoluta entre la labor que preste el abogado respecto de la del notario, toda vez que en forma expresa advierte tal independencia al punto de estipular una retribución por separado para tales labores"³².

i. Concepto y funciones del profesional en derecho

Concepto

"Son los profesionales en Derecho con títulos legítimos de Licenciado en Derecho y de Abogado, con autorización vigente del Estado para ejercer la profesión, y con conocimiento veraz, serio y leal del Derecho, que ejercen la Abogacía, la cual consiste en el ejercicio y dedicación (escrita o verbal) de dar consejo, consulta y defender en juicio los intereses, derechos y causas de los litigantes

³⁰ Decreto Ejecutivo n° 17016-J de 7 de mayo de 1986.

³¹ Dictamen C-164-87 del 31 de agosto de 1987, de la P.G.R.

³² Ibid. Así como, C-076-1987 de 7 de abril de 1987, de la P.G.R.

El profesional en Derecho debe proceder siempre con celo, probidad, honradez, integridad, recato y respetando la Constitución, las Leyes y los principales valores humanos

La actuación del profesional en Derecho es estrictamente personal y por lo tanto personalmente responsable en todo sentido de su ejercicio; la conformación de agrupaciones profesionales bajo cualquier naturaleza o figura jurídica tendrá cualquier objetivo que se le desee dar MENOS la de limitar o sustraerse total o parcialmente de la responsabilidad personal del profesional frente a su cliente".³³

Funciones

De conformidad con el Código de la Moral aprobado en sesión de Junta Directiva del Colegio de Abogados no. 38-2001 del 19 de noviembre de 2001, publicado en La Gaceta no. 241 del 14 de diciembre de 2001, le corresponde al profesional en Derecho, los siguientes "*Deberes fundamentales*"

Artículo 7º—...defender los intereses de su cliente con la diligencia de un buen profesional.
... contribuir al progreso de la Ciencia del Derecho como instrumento eficaz al servicio de la Justicia.

Artículo 8º—... analizar concienzudamente un caso antes de aceptar su dirección profesional

Artículo 9º—...dedicarse con diligencia a los asuntos de su cliente y poner en defensa todos sus esfuerzos y conocimientos, con estricto apego a las normas jurídicas y morales. ...debe ser

³³ ROJAS UGALDE, (Melvin). "Tablas, temas y cálculos sobre honorarios de Abogados y Notarios, Derechos de Registro, Timbres, Impuestos y Otros". Editorial (no se indica), 15°. Edición, San José, Costa Rica, febrero 2002. Página 4.

diligente, respetuoso y puntual en todas sus actuaciones.

La honestidad y la integridad moral del abogado es extensiva a su conducta social y personal.

... asistir el abogado a todas las audiencias a que sean citados por las autoridades judiciales o administrativas, en las cuales se requiera la presencia indispensable del abogado para ejercer la defensa técnica de sus clientes.

De ser ...que ... tenga algún impedimento grave para asistir a la audiencia, deberá hacerlo saber a la autoridad respectiva con suficiente anticipación, de tal forma que la autoridad de que se trate pueda tomar las previsiones del caso, de considerar justificado el impedimento.

Artículo 10.- ... actuar con corrección en el ejercicio profesional y en su vida privada. Su conducta se ajustará a las normas morales que rigen a la sociedad costarricense, debiendo abstenerse de toda actuación impropia que pueda desacreditar la profesión. Su comportamiento debe ser siempre probo y leal, veraz y de buena fe.

Artículo 11.-Es derecho y deber del abogado combatir por todos los medios lícitos la conducta censurable de los jueces y colegas y denunciar las a las autoridades competentes. Ante estas acciones, debe evitar las actitudes pasivas que podrían hacerle sospechoso de complicidad, así como, abstenerse de toda vejación y actuación escandalosa.

Artículo 12.-El abogado no debe prestar sus servicios o su nombre para facilitar el ejercicio profesional de quienes no están legalmente autorizados para hacerlo.

Artículo 13.-El abogado debe procurar que el pago de sus honorarios no sea la causa fundamental o determinante para asumir el patrocinio letrado. Asimismo, debe evitar procurarse bienes o derechos que provengan de asuntos en los cuales ejerce la dirección profesional; salvo que el ordenamiento jurídico lo faculte.

1. Elementos

Dentro de las obligaciones del trabajador, en una relación laboral, con objeto de su salario y partiendo, de la misma naturaleza jurídica, se requiere de la denominada "cobertura social", la que de manera puntual también ya ha sido enmarcada por la Procuraduría mediante el pronunciamiento n° C-007-91 de 14 de enero de 1991, se indica lo siguiente:

- a. - Los actos desplegados o labor realizada, **no mantiene la investidura de fe pública.**

Y relacionándolo con lo anterior, se manifiesta:

"Pero si no se busca investir a dichos contratos de la fe pública notarial, es claro que la labor podría realizarla un abogado como profesional en derecho que es."³⁴

- b. - Puede ser renumerado por **salario fijo o por honorarios.**

Según se dispone:

"Pero si la redacción del contrato se ubica dentro de las facultades del Abogado, la remuneración que

³⁴ Dictamen C-164-87 del 31 de agosto de 1987. en lo que interesa, de la P.G.R.

corresponda dependerá de si éste ha suscrito un contrato o sino de lo que establezca el arancel para el caso concreto".³⁵

Asimismo nuestra jurisprudencia se ha referido a las dos formas de retribución, según la relación que se tenga por parte del notario, como sigue:

2. Retribución

"(...) En primer lugar, ha de recalcarse que los honorarios se diferencian del salario por razones normativas y de naturaleza jurídica. Desde el punto de vista normativo, la retribución "salario" tiene su origen en el Título V de la C.P., denominado "Derechos y Garantías Sociales", cuyos lineamientos son desarrollados por el Código de Trabajo, en donde se conceptúa al salario, como elemento esencial del contrato de trabajo (artículos 162 y siguientes del Código de Trabajo). Por el contrario, los honorarios profesionales; resultan como pago de un servicio profesional (...)"³⁶

a. Por salario fijo

" En el caso de los Abogados, lo que corresponde es un honorario fijo por la labor contratada. De modo que si ya se halla prevista la retribución que corresponde al (Abogado de la Institución por sus servicios debe reputarse como un enriquecimiento ilícito el que recibiesen algún honorario de los particulares que resulten beneficiados con su labor."³⁷

³⁵ Dictamen C-076-1987 de 07 de abril de 1987, en lo que interesa, de la P.G.R.

³⁶ Sentencia n° 00032-99 de las 14:50 horas del 10 de febrero de 1999, de la Sala Segunda de Corte Suprema de Justicia.

³⁷ Dictamen C-164-87 del 31 de agosto de 1987. en lo que interesa, de la P.G.R.

b. Por honorarios

"...el Notario debe ser retribuido conforme al principio de que todo compareciente es en requirente(y a todos ello afecta la obligación de cubrir el honorario correspondiente. ³⁸

ii. Función Notarial

Doctrinariamente, en la actualidad, se indica que:

"NOTARIADO PUBLICO:

El Notariado Público es la función pública ejercida privadamente por medio de la cual el Notario Público tiene entre otras funciones y obligaciones las siguientes: Debe asesorar debidamente a las personas sobre la correcta formación legal y constitucional de sus voluntades en los actos o contratos jurídicos que deseen celebrar y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran ante él. Debe recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes y redactar los instrumentos públicos y documentos públicos o privados adecuados a ese fin, dando fe sobre ellos y otorgándoles autenticidad. Debe conservar y custodiar los originales de éstos o copias según corresponda y expedir los testimonios o certificaciones de e/los que den fe de sus contenidos; debe proceder a inscribir sin dilación en los respectivos Registros aquellos que sean inscribibles.

Son requisitos esenciales que califican la autonomía y objetividad del Notario Público (Directriz DNN-02-99 del 7-01-99):

- 1) Imparcialidad de la actuación.
- 2) Solicitud de parte interesada.
- 3) Sin sujeción a horario.
- 4) Obligación de guardar secreto profesional.
- 5) Mantener oficina abierta.
- 6) Cobro de honorarios según el arancel respectivo.

38 LARRAUD, (Rufino) "Curso de Derecho Notarial", Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1966. Pág. 687.

7) Sin sujeción a territorio (puede ejercer sus funciones en todo el territorio nacional o fuera de él respecto de actos o contratos de su competencia que deban surtir efectos en Costa Rica).

Son principios generales que rigen la función notarial (Directriz DNN- 012-99 del 19-08-99):

- | | |
|----------------|-------------------|
| 2) Rogación. | 4) Imparcialidad. |
| 3) Legalidad. | 5) Inmediación. |
| 4) Publicidad. | 6) Asesoría. |

RESPONSABILIDADES GENERALES DEL NOTARIO PUBLICO.

Referencia: Tribunal Notarial: Votos #5 del 3-6-99, #7 del 10-6-99, #14 del 6-8-99, #18 del 6-9-99, #19 del 6-10-99 #21 del 6-10..99, #32 del 11-11-99. Artículos 1, 6, 7 inciso d, 15, 31, 33, 34, 35, 36, 39.89, 144 inciso b y 167 Código Notarial. Directriz DNN-06-99 del 10-3-99.

- 1) GARANTIZAR LEGALIDAD. EFICACIA y AUTENTICIDAD. (...)
- 2) INSCRIPCIÓN DE LOS DOCUMENTOS (...)
- 3) OBLIGATORIEDAD DEL SERVICIO (...)
- 4) SERVICIO PERSONALLISIMO Y EFICIENTE (...)
- 5) SUJETO A UN REGIMEN DISCIPLINARIO (...)³⁹

1. Fundamento Jurídico

La Procuraduría fundamentó la actividad notarial en la ley vigente⁴⁰ en entonces e indicó lo siguiente⁴¹:

"En segundo término, hay que señalar que la actividad notarial se encuentra regulada por una Ley especial, cual es la L.O.N. ... (artículo 22)".

³⁹ ROJAS UGALDE, (Melvin), "Tablas, temas y cálculos sobre Honorarios de Abogados v Notarios. Derechos de Registro. Timbres. Impuestos v otros" Editorial (no se indica). San José, Costa Rica 15^o Edición Febrero, 2002. Pág.4-8.

⁴⁰ Ley Orgánica del Notariado no. 39 del 05 de enero de 1943.

⁴¹ C-022-1987 del 28 de enero de 1987 de la P.G.R.

2. Concepto Jurisprudencial

La Sala Constitucional, en el voto número 649 de las 14:45 horas del 9 de febrero de 1993, indicó:

" Debe tenerse presente la naturaleza de la función Notarial que la Sala entiende como el ejercicio privado de una función pública, recogida en alguna medida por la propia L.O.N., cuyo artículo 3° dispone "La persona autorizada para ejercer el notariado tiene fe pública."

Asimismo, se ha venido reiterando que esta actividad

*"Es una función que se ejerce por delegación y con supervisión del Estado,..."*⁴²

3. Actividad y sujeto que la ejerce

Según indica nuestro órgano procurador, ya en esa época, se hace necesaria la distinción entre la actividad específica del notariado y la persona autorizada para tales efectos, por lo que:

42 Dictamen 106-96 del 1 de julio de 1996, en lo que interesa, de la P.G.R.

"En el Proyecto de C.N. presentado a consideración de la Asamblea Legislativa, a fines de la Administración anterior, se creyó conveniente incluir dentro de sus disposiciones generales las definiciones, entre otras, de los conceptos de "Notariado" y de "Notario Público" por considerar que era una necesidad muy sentida de la legislación actual. Haciendo acopio de la doctrina imperante y de las recomendaciones de Congresos de la materia, se incluyeron los siguientes articulados:

"Artículo 1º.- NOTARIADO. El Notariado es la función pública que ejercida por profesionales en Derecho, dirige a las personas en la correcta formación y expresión legal de su voluntad en los actos jurídicos que realizaren los legitima y autentica con la fe pública documentalmente para cumplir con eficacia sus efectos jurídicos y da fe de la existencia de los hechos que comprobare."⁴³

a. El notario público

i. Concepto

Doctrinariamente se define como sigue:

" Lo anterior, dado los conceptos reales que ambas funciones tienen en la práctica del trabajo, pues, como lo dice el jurista español Gómez Pérez,

" el notario es una figura bifronte; por un lado ejerce una función pública (sin ser en todos los sentidos funcionario público, a pesar del tenor de la ley vigente en España y en otros países); por otro lado, es un profesional de Derecho, con una clara misión asesora y de consejo. Es decir, por un lado es la persona autorizada para dar fe, conforme

⁴³ C-022-1987 del 28 de enero de 1987, de la P.G.R.

a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales." " 44

Según la Procuraduría⁴⁵, de la relación de los artículos 1° y 8° de la Ley Orgánica del Notariado⁴⁶, puede conceptualizarse al notario público como el profesional en Derecho autorizado para ejercer la profesión del notariado.

Asimismo, se define en la actualidad de la siguiente manera:

"QUIENES SON NOTARIOS PUBLICOS?"

Son los profesionales en Derecho con títulos legítimos de Licenciado en Derecho, de Abogado y de Notario Público, con autorización vigente del Estado para ejercer la profesión, y con conocimiento veraz, serio y leal del Derecho en general y con especialidad en el Derecho Notarial, a quien El Estado y la Ley le confieren la potestad e investidura de ejercer la función Pública del Notariado Público y de ser fedatario Público. Debe proceder siempre con probidad, honradez e integridad y con respeto de los principios de excepcionalidad, indubitabilidad, inmediación, recato y principales valores humanos" 47

⁴⁴ GÓMEZ PÉREZ, (Rafael). "Deontología Jurídica", Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona, 1982, p. 133.

⁴⁵ Dictamen 106-96 del 01 de julio de 1996, en lo que interesa, de la P.G.R.

⁴⁶ Ley Orgánica del Notariado, N° 39 del 5 de enero de 1943

⁴⁷ ROJAS UGALDE, (Melvin), "Tablas, temas y cálculos sobre Honorarios de Abogados v Notarios. Derechos de Registro. Timbres. Impuestos v otros" Editorial (no se indica). San José, Costa Rica 15° Edición Febrero, 2.002. Pág.4-8.

ii. La publicidad de la función notarial

Consiste en la fe pública de que se inviste al notario, según indica nuestra Procuraduría de la siguiente manera:

"La P.G.R., define la publicidad de la función notarial, lo que constituye al notario publico en funcionario publico, como lo explica a continuación, en su criterio emanado⁴⁸:

"...el notario Público es un funcionario público, tal como su nombre lo indica y como lo establece la Ley Orgánica del Notariado costarricense que en su artículo primero dispone:

"La persona autorizada para ejercer el Notariado tiene fe pública..."

En el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales⁴⁹, toma como definición de Notario la consignada en la Ley Española del Notariado, que es más explícita que la nuestra. Así dice:

"...funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales." "

⁴⁸ Dictamen C-022-1987 del 28 de enero de 1987, de la P.G.R.

Asimismo, continúa indicando el dictamen anterior:

" "Artículo 2°.- NOTARIO PUBLICO. Notario Público es el profesional en Derecho autorizado para ejercer el Notariado. La profesión de Notario Público está enmarcada dentro del sistema de ejercicio libre".

Todo lo dicho anteriormente nos lleva a la conclusión de que el notario público es funcionario público, aunque no trabaje en una institución pública. Es funcionario público porque el Estado lo ha facultado para dar "*fe pública*". ⁵⁰

iii. Requisitos

Dentro de los requisitos de interés en este estudio, y que se desprenden de la posición jurisprudencial de nuestra Sala Constitucional según el voto no. 649-93 de las 14:45 horas del 09 de febrero de 1993, se evidencian los siguientes requisitos para que una persona sea autorizado en la función notarial:

⁴⁹ (OSORIO, Manuel) "Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales", Editorial Heliasta, Bs, As, 1974.

1. Ejercicio independiente

Se ha analizado con anterioridad y se concluye que da una idea de la realización del trabajo sin subordinación alguna, cuyo efecto produce según la jurisprudencia constitucional antes indicada:

1. Ser independiente:

- a. El obligarse a mantener oficina abierta al público.
- b. Debe estar disponible a la prestación del servicio.
- c. No puede excusarse de prestar el servicio a persona alguna.
- d. Debe asesorar, interpretar y autenticar.

2. Ser imparcial:

- a. No comprometer su función con persona alguna,

⁵⁰ Dictamen C-022-1987 del 28 de enero de 1987, de la P.G.R.

b. Por lo que debe ser objetivo e imparcial.

Al respecto de lo indicado establece la doctrina:

"Función pública pero a la vez, independencia. Además, el notario siempre es elegido por el particular (carácter rogado de su función) y del particular recibe también la retribución económica"⁵¹;

2. Imparcialidad

Así lo dispuso nuestra Sala Constitucional, al considerar que:

"Del Notario se exige, entonces, contrariamente a lo que sucede en el caso del abogado, que sea neutral, objetivo y que actúe dando fe de lo que en su presencia se acordó en beneficio de las partes que comparecen ante él y no de una sola de ellas."⁵²

3. Posición jurisprudencial de lo anterior

En forma integral, respecto de los requisitos de independencia e imparcialidad que debe reunir el notario y sus efectos, esta Sala Constitucional ha indicado:

⁵¹ GÓMEZ PÉREZ, (Rafael). "Deontología Jurídica", Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona, 1982, p. 133

⁵² Sala Constitucional, sentencia no. 649-93 de las 14:45 horas del 9 de febrero de 1993.

"...de modo que en su forma de ejercicio independiente, se liga a la norma del artículo 17 de la misma ley, que obliga a los notarios a tener oficina abierta al público. Y tiene sentido mandarlo así, porque al ser el notariado una autorización privilegiada a determinadas personas, es una condición razonable y lógica la de que el Notario debe estar disponible a prestar el servicio, por medio de una oficina abierta al público. Incluso por la naturaleza de esta profesión, el Notario no puede excusar el prestar servicio a ninguna persona, tal y como en situaciones calificadas se le permite al abogado, ya que el especial énfasis de su función es "asesorar", "interpretar" y "autenticar", lo que las partes desean llevar a cabo por su medio, sin que pueda o deba sentirse inclinado a favorecer a alguna de ellas. Del Notario se exige, entonces, contrariamente a lo que sucede en el caso del abogado, que sea neutral, objetivo y que actúe dando fe de lo que en su presencia se acordó en beneficio de las partes que comparecen ante él y no de una sola de ellas."⁵³

4. Diferencia entre la Función Notarial con el funcionario público común.

La Procuraduría, en relación con el tema, ha manifestado lo siguiente:

"mientras que el funcionario público está ligado a la Administración Pública mediante un acto condición para la validez de su nombramiento y retribución económica, siendo en adelante, simple depositario de la autoridad y no puede arrogarse facultades que la ley no le concede, lo que de conformidad con el "juramento constitucional" a que se somete, se compromete a observar y cumplir el ordenamiento jurídico que le regirá, tal y como lo manda, fundamentalmente el artículo 11 de la Carta Política, por virtud del cual, debe trabajar de una manera continuada y normal en el funcionamiento de los servicios estatales.

⁵³ Ibid.

(...)

"...labor de notariado, es materialmente imposible que un funcionario público tenga abierta la oficina para la atención al público, sin antes quebrantar los deberes y obligaciones que como tal, le obliga la Administración Pública, de conformidad con el recién citado principio de legalidad que le rige en todo su actuar, y los principios de idoneidad y eficiencia en la prestación de los servicios; enfatizándonos además, con toda razón, que la incompatibilidad existente entre la función del notariado y la función pública se da por causas de ética y moral..."⁵⁴

5. Régimen disciplinario

En cuanto al órgano encargado del régimen disciplinario, se indica:

"... el régimen disciplinario sobre los notarios corresponde a la Corte Plena. (artículo 22)".⁵⁵

6. Forma de retribución de la labor notarial

Acerca de los principios que establecen, la independencia de la función pública de la función notarial, se ha indicado:

"En efecto, la doctrina ⁵⁶ es conteste en que el Notario es un funcionario público por la índole de su función, pero no lo

⁵⁴ Dictamen C.232-98 del 04 de octubre de 1998, de la P.G.R.

⁵⁵ Dictamen C-22-87 del 28 de enero de 1987, de la P.G.R.

es en virtud de formar parte de los cuadros de la Administración Pública (por lo menos dentro del sistema de Natariado Latino".⁵⁷ (La cita fue cambiada de lugar, con respecto al original)

La retribución de honorarios notariales se rige por los siguientes principios evidenciados por la Procuraduría en el dictamen de referencia:

a. Principio que rige el pago de honorarios

Sobre este aspecto, la Procuraduría ha indicado:

"...el Notario debe ser retribuido conforme al principio de que todo compareciente es en requirente y a todos ello afecta la obligación de cubrir el honorario correspondiente."⁵⁸

La P.G.R. mantiene su criterio en reiterados dictámenes. Sobre la imposibilidad o incompatibilidad de que la retribución por la labor notarial sea retribución fija o salario fijo ha indicado que la retribución del notario no deriva de una relación de empleo - por estar prohibida

⁵⁶ SALAS (Oscar), "Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá". San José, Editorial Costa Rica, 1973. Página 60. También: MUSTAPICH (José María), "Tratado Teórico de Derecho Notarial". Tomo II. Buenos Aires. Editar Editores, 1955. Página 63.

⁵⁷ Dictamen no. C-377-84 de 29 de noviembre de 1984, de la P.G.R..

⁵⁸ LARRAUD, (Rufino), "Curso de Derecho Notarial". Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1966. Página 687.

(artículo 49)⁵⁹ sino en razón de una prestación del servicio, circunstancia que no admitiría calificarla como sueldo, retribución fija o salario sino como honorario⁶⁰.

Al respecto se indica:

"Lo anterior encuentra apoyo en la intención del legislador, cuando dispuso derogar el artículo 99 de la Ley Orgánica del Notario (Ley N° 39 del 5 de enero de 1943 y sus reformas), por la N° 6595 del 6 de agosto de 1981. En el mencionado artículo sí existía facultad de sujetarse a un sueldo en la función notarial. Así también lo dispone el Decreto supra mencionado (artículo 49) y que derogó a su homólogo precedente (Decreto N° 13560-J del 28 de abril de 1982, cuyo artículo 43 permitía al Notario ser remunerado mediante un sueldo fijo)"⁶¹.

Con esta derogatoria, se eliminaron situaciones en donde se permitía el cobro de honorarios como las siguientes:

"Por ello, en dictamen No. C-377-84 de 29 de noviembre de 1984, en lo que interesa, se concluyó lo que sigue:

⁵⁹ "Es prohibido al notario celebrar convenios por los cuales resultare estar a sueldo o retribución fijos por sus actuaciones, salvo que se tratare de la Notaria del Estado o de lo permitido en el artículo 3° ". Decreto no. 17016 del 07 de mayo del año 1986

⁶⁰ Artículo 3, "Los honorarios *corresponden* al profesional que presta sus servicios. ((*) subrayado). (El subrayado no es del original). Decreto No. 17016 del 07 de mayo del año 1986

⁶¹ Dictamen C-076-87 de 07 de abril de 1987, de la P.G.R.

"De estas normas se deduce claramente que, salvo disposición legal o contractual en contrario, los abogados del A y A pueden cobrar sus honorarios de notario a la institución, en cuanto a la mitad que les corresponde, pues las labores de abogacía y notariado son independientes. Obviamente, que si en el contrato de prestación de servicios profesionales, se expresa *que la remuneración incluirá ambas labores, dichos abogados no tendrán derecho a pagos de honorarios del Instituto, por concepto de su trabajo como notarios *..."⁶².

A tal conclusión debe llegarse respecto a los abogados del Consejo Nacional de Producción, sea que si se le contrató únicamente para laborar como abogados y la remuneración que recibe no incluye la labor de notarios de la Institución, pueden cobrar los honorarios como notarios públicos a la Institución en cuanto a la mitad que les corresponde, al ser independientes las labores de abogacía y notariado"⁶³.

Asimismo, continúa indicando nuestra Procuraduría:

"Hemos de manifestarle, que el artículo 1° del Decreto Ejecutivo N° 17016-J del 7 de mayo de 1986, dispone que las labores que preste el profesional en Derecho como abogado y como notario, son independientes y deben retribuirse por separado y que cuando un abogado que además es notario preste sus servicios por una retribución fija, se entenderá que dicho estipendio cubre únicamente sus labores como abogado y no sus labores como notario, aspecto sobre el cual el profesional tendrá derecho y obligación de cobrar por separado sus servicios y actuaciones como notario.

El artículo 50 del mismo Decreto Ejecutivo, es claro al disponer que a menos que hubiere convenio en contrario los honorarios de notario se pagarán por iguales partes entre los interesados en el acto o contrato, excepto en las constituciones y

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid.

cancelaciones de hipoteca que serán por cuenta del deudor" ⁶⁴.

El dictamen concluye en la idea que:

"Por tales razones es que consideramos que el Notario no puede ser remunerado mediante un sueldo fijo, terminología que fue mal empleada en el dictamen de referencia, pero que en definitiva no afectó la resolución del asunto".⁶⁵

La posición anterior es reiterada en posteriores dictámenes como el siguiente:

"Queda claro entonces, que los notarios no pueden ser contratados por un salario fijo, sino que se debe cubrir el monto de sus servicios profesionales de conformidad con la normativa que existe."⁶⁶

Es importante determinar que la incompatibilidad que se apunta en este período (previamente a la resolución no. 88 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, de las 9:40 horas del 16 de agosto de 1989), es un criterio que en forma parcial posteriormente es modificado puesto que se

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Dictamen C- 168-90 del 09 de octubre de 1990 de la P.G.R.

permite la posibilidad de cobrar honorarios. Se mantiene la posición de no permitir la retribución de la función notarial con el salario fijo, sino que la misma debe pagarse únicamente, con el estipendio u honorario correspondiente.

De lo indicado, se interpreta que de alguna manera, se intenta mantener la independencia de la función notarial, basada en una simple prohibición de retribuirse con salario fijo.

Esta prohibición se mantiene y se ratifica por criterios y sentencias posteriores. Así, del dictamen de la P.G.R. no. C-106-96 del 1° de julio de 1996, y OJ- 073-99 del 14 de abril de 1999, se deduce que la nueva posición es de no prohibir el ejercicio del notariado al funcionario público, en el desempeño de su función pública, como lo veremos en el próximo tema, pero esta función deberá ser retribuida únicamente por honorarios.

Esta posición es reiterada por la jurisprudencia de nuestros altos órganos judiciales, que indican lo siguiente:

"... Por lo consiguiente, es improcedente la pretensión del actor de que se le reconozcan, como parte de su salario, los honorarios que percibió en su labor como notario. El hecho de que la demandada, al hacer la liquidación, haya incluido algunos honorarios de notario (ver documento número 47 en sobre aparte), no implica que se deban tomar en cuenta a efectos de considerarlos parte de la remuneración de la relación de servicio del actor, porque el carácter de esas percepciones no dependen del criterio del patrono, sino de la naturaleza jurídica de la función, lo cual es determinante en relaciones de empleo público, por razones de legalidad. No está, por demás indicar que la Compañía al considerarlos así lo hizo con evidente error, en detrimento de los fondos públicos, disponiendo de ellos sin fundamento legal alguno" ⁶⁷

Esta situación evidencia la existencia de una relación pública de servicio del sujeto a quien se dirigen los efectos de la anterior sentencia, en el cual se establece claramente la independencia entre el salario fijo como abogado y los honorarios como notario.

Lo anterior demuestra una tolerancia efectiva a la posibilidad de constituirse en una misma persona la función pública y la función notarial, con la única variante, que el patrono le paga el salario en su función de abogado, pero las partes, que comparecen ante el notario en su función, deberán pagar los honorarios correspondientes, conforme se haya dispuesto en cada arancel vigente dentro del período.

⁶⁷ En lo que interesa, Tomado de la resolución de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 102 de las nueve horas del treinta y uno de marzo de mil novecientos noventa y cinco. Criterio reiterado por el dictamen de la P.G.R. No. C-106-96 del 01 de julio de 1996, el cual a su vez reitera dictámenes anteriores como C- 22- 87, C- 76-87, C-106-87, C-164-87, C-188-91.

3.DE LA UNIDAD DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO Y LA FUNCIÓN NOTARIAL

a. RECONOCIMIENTO DE LA UNIDAD ENTRE LA PROFESIÓN DE ABOGADO Y LA FUNCIÓN NOTARIAL EN RÉGIMEN DE EMPLEO PÚBLICO

i. Síntesis del criterio seguido por la jurisprudencia

Teniendo como tesis de principio que los elementos diferenciadores entre la función notarial y la abogacía, establecidos jurisprudencialmente, se fundamentan en dos requisitos "indispensables" que son:

- La independencia de la labor notarial.
- La imparcialidad del notario.

Estos requisitos tienen como efectos y exigencias establecer las incompatibilidades entre la función notarial y la función pública, lo que limita en forma ideal el ejercicio de la función notarial para los abogados en régimen de funcionario público, así indicado por la Sala Constitucional al expresar:

"IV.- Ahora bien: lo que se ha venido considerando como una prohibición, debe entenderse más correctamente como una incompatibilidad, ya que lo que se pretende evitar es una situación de conflicto entre ser funcionario público y simultáneamente ejercer otra función - que también es pública- como es la de Notario"⁶⁸.

1. Interdependencia de la relación laboral y la función notarial

Consecuentemente con lo anterior se obliga al Notario a:

"...tener oficina abierta al público y estar disponible a la prestación del servicio, por el tipo de función que ostenta, no se concibe cómo pueden coincidir en el tiempo la prestación de servicios a la administración pública (como tal servidor público) y el ejercicio de la función notarial, que a su vez implica tener una oficina abierta, en la que no podrá estar presente la mayor parte del tiempo. Desde el ángulo estrictamente jurídico es imposible encontrar conciliación en la prestación del doble servicio: uno, la prestación del servicio al Estado, como funcionario de planta que implica dedicación simultáneamente con otro, el ejercicio de la función notarial (revestida de carácter igualmente público) en una oficina diferente, abierta a una clientela, pero que, asimismo, de principio, implica dedicación a ella, pues requiere el despliegue de actividad adicional fuera de la oficina profesional"⁶⁹.

⁶⁸ Sala Constitucional, sentencia no. 649-93 de las 14:45 horas del 09 de febrero de 1993.

⁶⁹ Ibid.

Por lo tanto, esta incompatibilidad según considera la Sala Constitucional:

"...es insoslayable, si tenemos en cuenta que la función pública merece protección y así incluso se ha estimado de siempre, como que al funcionario público se le veda desempeñar otra función o trabajo, en el tanto pueda menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes, o comprometer su imparcialidad o su independencia. Esta tesis no es extraña al espíritu constitucional, tal como puede colegirse del principio de responsabilidad de los funcionarios (artículo 9), del principio - deber de legalidad (artículo 11), así como de la exigencia de que la administración pública funciones a base de eficiencia e idoneidad. (artículo 191)" (Lo resaltado no es del original) Como hemos podido observar de lo recién transcrito, a partir del año de 1887 hasta hoy, ha habido un interés constante y permanente por parte del legislador de tutelar, con mayor esfuerzo, la función pública, cuando con la vieja L.O.N., se empezó a establecer que "El ejercicio del Notariado es incompatible con cualquier otro empleo o cargo público, que exija un servicio diario de tres o más horas..."⁷⁰.

Al respecto, la P.G.R. concluye:

" De ese modo, el Órgano de Control de Constitucionalidad, se ha ocupado en desmenuzar los motivos, por los que se fijan esa clase de restricciones en la legislación nacional de mención, teniendo en el Voto de cita que, por el carácter de la labor de notariado, es materialmente imposible que un funcionario público tenga abierta la oficina para la atención al público, sin antes quebrantar los deberes y obligaciones que como tal, le obliga la Administración Pública, de conformidad con el recién citado principio de legalidad que le rige en todo su actuar, y los principios de idoneidad y eficiencia en la prestación de los servicios; ..." ⁷¹

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Dictamen C-232-98, del 04 de octubre de 1998 de la P.G.R.

2. La imparcialidad del notario en la función notarial

Se considera como imposible la existencia de imparcialidad en un funcionario público en el ejercicio de la función notarial, por la relación laboral que este tiene en virtud del "poder de mando" que ejerce el patrono, que causaría parcialidad del notario a favor de su empleador, por lo que se ha dispuesto en relación con esto:

"...Y debe agregarse más: no solamente hay imposibilidad de tipo material para simultáneamente estar prestando un servicio al Estado-como funcionario de planta- y ejerciendo libremente la profesión del Notariado, sino que hay de por medio un problema ético, pues de acogerse una tesis facilitadora de lo anterior, habría una tentación poderosa para diferir asuntos de la llamada "cosa pública", en beneficio de los que atañen al fuero personal del abogado-funcionario, a la manera de una colisión de intereses, que ciertamente debe evitarse con un criterio restrictivo, a propósito de que cada día se percibe una actitud más y más acomodaticia en este campo" ⁷².

La incompatibilidad existente entre la función del notariado y la función pública, se origina por causas de ética y moral, en virtud de constituirse en un peligro para la pérdida de la objetividad y la imparcialidad que debe prevalecer en los

⁷² Sala Constitucional, sentencia no. 649-93 de las 14:45 horas del 09 de septiembre de 1993.

empleados públicos, asimismo se considera que, de aceptarse una tesis contraria, habría un choque de intereses que pondría en entredicho la objetividad e imparcialidad, en la prestación de los servicios públicos.

Esta situación es reiterada por nuestros altos Tribunales de Justicia, que indican lo siguiente:

"...el notario no puede ser empleado público para no comprometerse con el Estado y actuar parcialmente a su favor; no puede aceptar nombramientos que lo conviertan en empleado o funcionario, bajo la dirección y dependencia del Estado, sino por el contrario, para actuar con imparcialidad en garantía de los particulares, debe permanecer libre de esta clase de vínculos." (Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Derecho Notarial, México, 1989, Editorial Porrúa S.A., 4° Edición, pp.156 a 158). El artículo 1° de la L.O.N., N° 39 del 5 de enero de 1945 dispone: "La persona autorizada para ejercer el notariado público tiene fe pública cuando deja constancia de un hecho, suceso, situación, acto jurídico o contrato que tenga por objeto asegurar o hacer constar derechos y obligaciones dentro de los límites que la ley señala a sus atribuciones y observando los requisitos que exige...". En consecuencia, debe concluirse que el notario, en cuanto tal, no puede ser considerado funcionario o empleado en relaciones de servicio o laborales típicas, pues en su labor no le es posible sujetarse a los intereses de alguna de las partes intervinientes"⁷³

⁷³ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 102 de 09:00 horas del 31 de marzo de 1995.

En todo caso, a nivel de doctrina⁷⁴, los especialistas en el tema de análisis, han señalado que:

" En los países en los que el notariado es una función pública (de modo especial en el llamado notariado latino, dentro del cual se incluye el español), las disposiciones legales, (reglamentarias) se han ocupado de fijar incompatibilidades, es decir, profesiones o situaciones que no pueden darse al mismo tiempo que el ejercicio de la función notarial. El objetivo de estas incompatibilidades es preservar la imparcialidad del notario, pero alcanzan también a una dimensión ética. En atención, sobre todo, a este último aspecto se tratan aquí someramente. Hay que decir, en primer lugar (a pesar de que no esté, en general, recogido en las disposiciones reglamentarias), que la función notarial es incompatible con situaciones personales irregulares (naturalmente, no con hechos aislados, con tal de que no sean delitos dolosos). El notario, por su propia función, debe inspirar confianza, sobre todo en aquellos asuntos que trata ordinariamente. (...) En segundo lugar, hay incompatibilidad para ejercer el cargo de notario por aceptación de otros cargos. Ávila, con todos los tratadistas en esta materia - que siguen los preceptos de la Ley Notarial y del Reglamento - distingue entre incompatibilidad de ejercicio y titularidad e incompatibilidad de simple ejercicio. Producen la primera "los cargos que llevan aneja jurisdicción, los empleos públicos que devenguen sueldos o gratificación de los presupuestos generales, provinciales o municipales y los cargos (...)." "

El texto transcrito coincide plenamente con lo que la Sala de consulta ha expresado al respecto para este período. Así que, la incompatibilidad de esa especial labor con la de la Administración Pública no se ha dado, ni se da por casualidad, ni es antojadiza, si no más bien, porque realmente no puede coexistir en el tiempo y espacio. La

⁷⁴ GÓMEZ PÉREZ, (Rafael). "Deontología Jurídica", Ediciones Universidad de Navarra S.A.

función de notariado con la de la función pública, tienen delimitadas sus responsabilidades y deberes dentro del ordenamiento público a que se encuentran sometidas, las cuales se caracterizan por la imparcialidad y objetividad de sus resultados; y esto, ha sido de honda preocupación para los que trabajaron en la creación del C.N.,⁷⁵ que para ese momento, se pone en vigencia en el año de 1998, y al que haremos referencia en el acápite siguiente.

**b. TESIS CONTRARIA A LA INDEPENDENCIA IDEAL DE LA PROFESIÓN
EN DERECHO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL**

Indistintamente de toda la corriente anteriormente indicada, en el cual se evidencia la línea seguida por nuestra jurisprudencia, al considerar la independencia que existe entre la profesión de abogado y la función notarial, los efectos para la primera, son los siguientes:

- posibilidad de constituirse en funcionario público,

- devengar un salario, o bien, en forma privada devengando honorarios,
- de lo cual se faculta al abogado para parcializarse en todo momento a favor de su cliente.

Contra poniéndose según todo lo anteriormente visto, a la función notarial, pues esta es una función delegada por el Estado,

1- el notario debe ser independiente,

- i. debiendo tener oficina abierta al público
- ii. no poder negar (en lo posible) los servicios notariales que se le solicitan,
- iii. por lo que le es prohibido constituirse como funcionario público,
- iv. no puede por consiguiente, devengar salario fijo, sino que únicamente le es permitido

devengar honorarios de los comparecientes ante él.

2- siendo que debe ser siempre imparcial.

Se concluye de todas las posiciones anteriormente vistas, que al acogerse un notario a una relación laboral como abogado en la función pública, perjudica su imparcialidad, ya que las labores que se constituyen en una misma persona traen como efecto un problema ético y moral, por los posibles conflictos de intereses que el notario pueda generar en su fuero interno, cuyo efecto posible es una alta probabilidad de parcialización de este (abogado) hacia su patrono. Ya que no es concebible ni en la doctrina ni en la jurisprudencia analizada que el ser humano, en el cual pueda recaer la profesión de abogado y notario, tenga la capacidad de hacer la división moral en su conciencia, de las distintas funciones y aspectos que encierran dichas labores, por lo que se considera que al permitirse que un funcionario público, cuyo servicio es ser abogado en la Administración Pública, en

caso de permitirse la delegación de la función notarial, se perjudique la función pública, precisamente por:

"...quebrantar los deberes y obligaciones que como tal, le obliga la Administración Pública, de conformidad con el recién citado principio de legalidad que le rige en todo su actuar, y los principios de idoneidad y eficiencia en la prestación de los servicios;...

... Así que, la incompatibilidad de esa especial labor con la de la Administración Pública, no se ha dado, ni se da por casualidad, ni es antojadiza, si no, más bien, porque realmente no puede coexistir en el tiempo y espacio, la función del notariado con la de la función pública, pues ambas tienen delimitadas sus responsabilidades y deberes dentro del ordenamiento público a que se encuentran sometidos, las cuales se caracterizan por la imparcialidad y objetividad de sus resultados; y esto, ha sido de honda preocupación para los que trabajaron en la creación del C.N., (5) que pronto se pone en vigencia, y al que haremos referencia en el acápite siguiente.

NOTA (5): Ley No. 7764 de 17 de abril de 1998, el cual rige seis meses después de su publicación, sea el 22 de noviembre del mismo año".⁷⁶

Como se ha visto, la teoría de la independencia e imparcialidad del notario, en contraposición con la parcialidad y dependencia del abogado, ha sido inconstante, ya que aunque la ley precisa la independencia de la función pública de la función notarial, los decretos sobre la materia que se han dictado han permitido que se cree paralelamente y con mayor aceptación en la práctica y vida real, la

⁷⁶ Dictamen C- 233-98 del 4 de octubre de 1998 de la P.G.R.

posibilidad de que un abogado en la función pública pueda ejercer la función notarial, pues en algunas ocasiones se ha permitido para el notario acogerse al régimen de empleo público, devengando salario fijo del Estado y en la mayoría de las ocasiones se mantiene la obligatoriedad de retribuir la función de notario únicamente por honorarios (sea que se paguen por partes iguales de los comparecientes, sea que solo se cobre la parte proporcional al compareciente y no al patrono - Estado -, sea que no se cobren honorarios a ninguna de las partes comparecientes).

No obstante que la jurisprudencia en su mayor parte es conteste en seguir la línea jurisprudencial de que el notario no puede ser empleado público, actualmente existen funcionarios públicos que ejercen la función notarial, ya sea por mera tolerancia, costumbre o bien, necesidad institucionales. Este ejercicio es también generada por derechos o situaciones jurídicas consolidadas, a consecuencia de decretos arancelarios que, en su vigencia, así lo permiten y otorgan la posibilidad que, un abogado en régimen de empleo público, pueda ejercer el notariado, únicamente, por la retribución de honorarios e independientemente de su relación laboral.

i. Reconocimiento jurisprudencial de la unidad entre la profesión e abogado y la función notarial.

En síntesis, lo que se indica es que la jurisprudencia en el fondo reconoce que un abogado, en régimen de empleo público, sí puede ejercer el notariado, cuyo compareciente sea su mismo patrono (como abogado), con la única limitación de que la retribución por dichos servicios (como notario) sean los honorarios que establezca el arancel correspondiente.

Y así es precisamente reconocido por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución n° 88 de las 9:40 horas del 16 de agosto de 1989, resolviendo un conflicto de competencia, que indicó:

"Esta Sala sostiene una vez más el criterio de que no puede ni debe distinguirse entre la labor profesional del abogado y del notario cuando como en el presente caso se despliega en el tiempo y en el espacio por las mismas personas sujetas a una sola relación pública de servicios; prestación que se realiza para un mismo patrono y por la cual perciben salario y honorarios de abogado y de notario, y ratifica la jurisprudencia existente, de que en el caso del abogado y notario empleado, vinculado con el patrono por una relación de trabajo, como es el caso de los actores, la vía pertinente para discutir las controversias originadas en tal prestación de servicios, es la de trabajo."

Dicha posición fue reconocida a su vez por la P.G.R. que indicó lo siguiente:

"Partiendo entonces, de que en nuestros Tribunales se ha admitido la posibilidad de que un abogado ejerza funciones notariales dentro de una institución, se analizará la forma de pago de las funciones notariales
77".

1. Elementos de esta posición

De la posición anterior surgen algunos elementos que son de suma importancia de destacar:

- a. Que el criterio de la unidad entre el abogado y notario ha sido considerada desde mucho tiempo atrás.
- b. Esa autoridad sostiene una vez más el criterio de que no puede ni debe distinguirse entre la labor profesional del abogado y del notario
- c. Dichas funciones son susceptibles de ser desplegadas en el tiempo y en el espacio por las mismas personas sujetas a una sola relación pública de servicios;

- d. La prestación que se realiza para un mismo patrono y por la cual perciben salario y honorarios de abogado y de notario,
- e. Y, ratifica la jurisprudencia existente, de que en el caso del abogado y notario empleado, vinculado con el patrono por una relación de trabajo, como es el caso de los actores, la vía pertinente para discutir las controversias originadas en tal prestación de servicios, es la de trabajo

**2. Interpretación de los elementos taxitos en
resolución n°. 88-89**

- a. EL notariado es un efecto de la profesión de abogado.
- b. La función notarial es un efecto de la función pública.
- c. Dichas funciones son susceptibles de desplegarse en el tiempo y en el espacio por la misma persona.

⁷⁷

Dictamen C-168-90 del 09 de octubre de 1990, de la P.G.R..

- d. Que el principal requisito para ser notario público, es tener autorizado el ejercicio del Derecho, entre otras.
- e. Que la independencia de la relación laboral, es posible mantenerla, con la única condición en que la misma no sea retribuida por salario fijo, sino por honorarios.
- f. Reitera la posibilidad que el abogado reciba salario en lugar de honorarios, por convenio previo de relación laboral.
- g. Reconoce la existencia de una relación laboral entre el Estado y el profesional en Derecho, facultado para la función pública notarial, cuyas retribuciones son el salario fijo para el abogado en la relación laboral y honorarios para el mismo funcionario, pero en su función independiente de notariado.

**c. FORMA DE RETRIBUCIÓN POR LAS LABORES, SEGÚN LA
RESOLUCIÓN n°. 88-89⁷⁸ DE LA SALA SEGUNDA**

Al respecto de la nueva visión que permite al abogado, funcionario público, el ejercicio del notariado para un mismo patrono y cliente, en el dictamen C-168-90 del 09 de octubre de 1990, la P.G.R. indicó:

“Con el objeto de determinar la forma de remuneración de los notarios, en términos generales, la primera distinción que se debe realizar es entre los funcionarios que se encuentren acogidos al régimen de dedicación exclusiva y los que no se acogieron a tal régimen”.

i. Dedicación exclusiva

1. Origen

La Autoridad Presupuestaria por acuerdo número dos de la sesión número ocho, celebrada el 29 de marzo de 1983 emite el Reglamento al Régimen de Dedicación Exclusiva para el Sector Público Descentralizado.

⁷⁸ Sala Segunda, resolución n° 88 de las 9:40 horas del 16 de agosto de 1989.

En el artículo 1° de este reglamento se define el concepto de "*dedicación exclusiva*" como:

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

El artículo 2° con remisión a la ley de creación de la autoridad presupuestaria indica cuáles son las instituciones del sector público que pueden reconocer una suma adicional al salario por concepto de compensación por *dedicación exclusiva*.

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

"e) Que hayan firmado el contrato de *dedicación exclusiva* con la institución en la cual prestan sus servicios".⁷⁹

⁷⁹ Dictamen C-193-86 del 21 de julio de 1986 de la P.G.R.

2. Naturaleza

"De las normas comentadas y transcritas parcialmente surge la naturaleza u origen de la "dedicación exclusiva" como un convenio bilateral en el que una parte (el servidor público) se compromete a no ejercer en forma particular ninguna profesión, con las excepciones que el propio reglamento contiene y que no es del caso comentar; en tanto que el reparto administrativo se compromete a cambio de esa obligación que adquiere su funcionario público, a retribuirle en forma adicional con un porcentaje sobre el salario base".⁸⁰

3. Concepto

Al respecto indica la P.G.R.⁸¹:

"Debe hacerse la aclaración, de que el Decreto Ejecutivo N° 14935-J de 20 de octubre de 1983, fue modificado mediante Decreto Ejecutivo N° 15371-J de 10 de abril de 1984 el cual a su vez, fue reformado mediante Decreto Ejecutivo N° 20182-H de 9 de enero de 1991, pero las observaciones que se realizan en torno al mismo se mantienen vigentes al momento de emitirse el criterio correspondiente⁸².

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ibid.

⁸² Dictamen C-188-91 de 27 de noviembre de 1991 de la P.G.R.

Únicamente, vale la pena transcribir el artículo 1º porque es más claro que el anterior en el concepto de dedicación exclusiva:

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

4. Efectos de la Dedicación exclusiva

a. Causa que la constituye

A fin de determinar la causa que constituye este tipo de beneficio, de conformidad con nuestra jurisprudencia en la materia, se ha indicado:

"Es claro entonces, que el pago de dedicación exclusiva deriva de un contrato entre el servidor y la Administración, mediante el cual - por el compromiso del primero de no ejercer en forma particular su profesión -, el segundo se

compromete a retribuirle económicamente su no ejercicio particular " ⁸³.

"Es, en consecuencia, la concurrencia de dos voluntades la que origina el pago adicional al salario por concepto de dedicación exclusiva, originando un acto que si bien administrativo en sentido genérico, en estricto derecho -por su carácter bilateral- se conceptúa como un contrato en el que ambas partes adquieren obligaciones y derechos". ⁸⁴

b. Procedimiento para suspender los efectos de la dedicación exclusiva

A raíz del tema, nuestra Procuraduría ha querido aclarar la diferencia entre un acto administrativo y un contrato administrativo, a fin de lograr una mejor comprensión en cada uno de estos convenios y explica, posteriormente, el procedimiento adecuado para finalizar, con la producción de efectos, del convenio específico de dedicación exclusiva celebrado entre el funcionario y la administración:

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Dictamen C-193-86 del 21 de julio de 1986 de la P.G.R.

i. Diferencia entre acto y contrato administrativos

De conformidad con la Procuraduría⁸⁵, se ha indicado:

"La doctrina y el derecho positivo se han ocupado de establecer la diferencia entre el acto administrativo como declaración soberana y unilateral de la voluntad de la Administración y el contrato administrativo como acto bilateral, consensual, estableciendo diferente tratamiento para el uno y el otro.

Eduardo García de Enterraría con la profundidad de pensamiento y la claridad de expresión que lo caracterizan, manifiesta:

"...En un sentido amplio, acto administrativo es todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho Administrativo. Se distinguirá, por tanto: de la actuación no jurídica (actos materiales); de los actos jurídicos dictados por la administración que no están sometidos al Derecho Administrativo (Actos de Derecho privado, o procesal, o laboral, o constitucional, etcétera). Pero ese concepto amplio es ...desestimado en la doctrina y en la legislación en favor de un concepto más estricto. Por una parte se excluyen...En segundo término se excluyen los actos contractuales para hacer con ellos una teoría propia de los contratos de la administración, reduciendo la teoría de los actos administrativos a los unilaterales..." (Curso de Derecho Administrativo, Editorial Cívitas, Madrid, 1975 Pág. 341).

De acuerdo con el Tratadista el contrato es un acto administrativo, puesto que es un acto jurídico, sometido al Derecho Administrativo y dictado por la Administración, sólo que tiene un régimen jurídico diferente al del acto administrativo unilateral. Al tener el contrato -por su propia estructura- un régimen jurídico diferente al del acto administrativo unilateral, se ha establecido una teoría propia para los contratos administrativos, que no podría ser de aplicación al acto administrativo unilateral, puesto que al concurrir en aquél dos voluntades, su tratamiento

⁸⁵ Ibid.

necesariamente difiere del que se le da al acto que proviene únicamente de la Administración.

El argentino José Roberto Dromi expresa al respecto:

"...La función o actividad administrativa se ejercita a través de cinco formas jurídicas específicas, a saber: hecho administrativo, contrato administrativo, reglamento administrativo, simples actos de la administración y acto administrativo. Estas cinco formas jurídicas son los modos o mecanismos procedimentales que el ordenamiento positivo prevé para la exteriorización del acto administrativo estatal; cada una de ellas tiene una conceptualización específica y un régimen jurídico propio, pues son diversos sus elementos, forma, requisitos esenciales, caracteres jurídicos, modos de entrar en eficacia, publicidad, impugnabilidad, procedimiento de formación, modificación, extinción, etcétera.

...puede también exteriorizarse a través de los contratos de la Administración, los que se caracterizan por ser una declaración (a diferencia de los hechos) bilateral (a diferencia de los actos), productora de efectos jurídicos individuales (a diferencia del reglamento), de manera directa e inmediata (a diferencia de los simples actos de la Administración)". (La Licitación Pública, Editorial Astrea, Buenos Aires. 1975, págs. 11 y 12).

En realidad la doctrina es conteste en considerar al contrato como una especie en el género: acto administrativo. Una especie con un régimen jurídico propio que ha ido configurando cada país en su propio ordenamiento jurídico, y que ofrece peculiaridades muy propias por los principios generales que fundamentan el contrato administrativo.

**ii. Régimen jurídico de las nulidades, según sea
un acto o un contrato administrativos**

Establece la Procuraduría:

"El ordenamiento jurídico administrativo de Costa Rica marca la diferencia entre el acto administrativo y el contrato administrativo, el primero regido en forma genérica por la Ley General de la Administración Pública y otras normas jurídicas; el segundo por la Ley de Administración Financiera y el Reglamento de la Contratación Administrativa, básicamente.

En materia de nulidades encontramos para el acto administrativo en sentido específico el artículo 173 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, mediante los cuales la administración queda facultada para declarar en vía administrativa la nulidad de un acto administrativo favorable al administrado (declaratorio de derechos, o ampliatorio de derechos y facultades del administrado), para lo cual requerirá -de acuerdo con la norma citada- el dictamen favorable de este órgano técnico-jurídico. Para declarar la nulidad de un contrato administrativo se aplicará lo dispuesto por el artículo 100 de la Ley de Administración Financiera de la República, y el 288 del Reglamento a la Contratación Administrativa, que a la letra dicen:

"Artículo 100.-Los contratos administrativos que no se ajusten a los requisitos, condiciones o procedimientos esenciales que establecen la presente ley y su reglamento, son absolutamente nulos.

Esta nulidad es declarable de oficio en vía administrativa, tanto por la Administración interesada, como por la Contraloría General de la República."

"Artículo 288.-Los contratos administrativos que no se ajusten a los requisitos, condiciones o procedimientos esenciales que establecen la ley y el presente Reglamento, son absolutamente nulos. Son

asimismo absolutamente nulos los contratos o actos administrativos en que haya participado en forma directa un funcionario inhabilitado según lo dispuesto por el Título X de este Decreto. Estas nulidades son declarables de oficio en vía administrativa tanto por la Administración interesada como por la Contraloría General".

En tal forma que en aplicación de tales disposiciones la declaratoria de nulidad de un contrato administrativo puede hacerla la C.G.R. o el Reparto Administrativo correspondiente, y no necesitan ser precedidas por un dictamen nuestro favorable a la declaratoria de nulidad, como si exige para declarar la nulidad del acto administrativo, tal como se indicó en el dictamen cuya reconsideración usted solicita" ⁸⁶.

iii. Procedimiento para la suspensión de los efectos de la dedicación exclusiva

Tratándose de un convenio entre las partes, por el cual se constituye este tipo de beneficio mutuo, la Sala Constitucional, en resolución N 2312-95 de las dieciséis horas quince minutos del nueve de mayo del año en curso, en relación con la dedicación exclusiva y la posible limitación del derecho a ejercer libremente las profesiones que ostenta el recurrente, expresó:

⁸⁶ Ibid.

"...mediante el régimen de dedicación exclusiva la Administración pretende por razones de interés público contar con un personal dedicado exclusiva y permanentemente a la función estatal que lo convierta en una fuerza de trabajo idónea y más eficiente, contratar con el funcionario de nivel profesional sus servicios exclusivos, a cambio de un plus salarial. Así, el sistema le permite al servidor calcular si el beneficio del ejercicio privado de su profesión es mayor o menor que la compensación salarial que el Estado le entrega a cambio de la prestación exclusiva de sus servicios. En consecuencia, el servidor evalúa la situación y decide voluntariamente concertar con la Administración (si a su vez ésta conviene en ello) el pago del plus salarial o continuar ejerciendo libremente su profesión. Este sistema no resulta irracional, y difiere del régimen de prohibición que por impedimento legal limita al funcionario para ejercer en forma liberal la profesión. En este último caso el servidor no se encuentra facultado para decidir acerca de la compensación económica, porque ésta integra el salario y es inherente a la relación de servicio. La razonabilidad del régimen de dedicación exclusiva, en la forma en que lo define la norma impugnada, resulta entonces de su naturaleza contractual o convencional, que confiere al funcionario la posibilidad de solicitarla o renunciarla según su conveniencia. En consideración a lo expuesto, y a que no se observa violación alguna a los derechos fundamentales por parte de la norma cuestionada, se declara sin lugar la acción."

De lo anteriormente transcrito, se deduce que no existe violación alguna a los derechos fundamentales del recurrente, puesto que se trata de un acuerdo consensual entre él y la Administración, de modo tal que si el recurrente estima que el plus salarial que implica la dedicación exclusiva -la que, según la sentencia transcrita, impide al funcionario ejercer liberalmente las profesiones que ostente, lo que no resulta violatorio de derecho fundamental alguno- es insuficiente, está en plena libertad de no firmar el contrato respectivo y ejercer su profesión en forma liberal y privada. De modo tal que, si el recurrente ha incumplido el contrato de dedicación exclusiva y se ha negado a firmar uno nuevo, no le correspondería el respectivo plus salarial y no resulta ni arbitrario ni contrario a sus derechos fundamentales el que, en vista de ello, la Administración proceda a suspenderle el pago de la dedicación exclusiva en forma inmediata, actuación que, a lo sumo, implicaría un incumplimiento contractual no susceptible de ser amparado en esta vía. Por lo demás, si el petente considera que las resoluciones de la Dirección..."

De lo anterior se desprende la posibilidad que el convenio de dedicación exclusiva pueda ser suspendido en cualquier momento sin violar Derechos fundamentales, no obstante, es posible considerar el acudir a la vía correspondiente, (laboral contenciosa), a ventilar alguna situación que se considere afectada.

ii. Forma de pago para los abogados en régimen de funcionario público que ejercen el notariado, según se hayan acogido o no a la dedicación exclusiva

1. Abogados en servicio público, que ejercen notariado, acogidos al régimen de dedicación exclusiva

Al respecto, en lo que interesa, ha indicado la Procuraduría:

"Por ello, se deduce claramente que las labores que presta el profesional en Derecho como abogado y notario son independientes deben retribuirse por separado, debiendo tenerse presente, con respecto al notario, que cuando se encuentre sometido a algún régimen de prohibición, no podrá cobrar ningún tipo de honorario, ni siquiera una parte proporcional. Igualmente no podrá cobrar honorarios de notario cuando el notario contrata la prestación de servicios

notariales como tales mediante un sueldo, caso en el cual podrá cobrar los honorarios a los otros contratantes en la parte de que corresponde de conformidad con lo establecido en el artículo 50 del Decreto Ejecutivo N° 17016-J, indicado anteriormente”⁸⁷.

En ese sentido, dicho criterio indica:

“Respecto al cobro de honorarios al particular compareciente, no procede cuando el abogado y notario está acogido al régimen de dedicación exclusiva. No procede tampoco el cobro de honorarios de abogado en ningún caso, aún cuando un tercero se encuentre beneficiado con la acción del profesional, en razón de que esa actividad está contemplada en el ejercicio de la función debidamente remunerada”.⁸⁸

**a. En el caso de dedicación por concepto de
abogado únicamente**

Con posterioridad, este criterio es reiterado al indicar lo siguiente:

“En cuanto a los abogados acogidos al régimen de dedicación exclusiva hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, de acuerdo con el cual los funcionarios y empleados de las instituciones autónomas, que devenguen porcentajes de su salario o sumas de otra índole como indemnización por el

⁸⁷ Dictamen C-163-85 de 23 de julio de 1985, de la P.G.R.

⁸⁸ Ibid.

no ejercicio particular o privado de su profesión, no tendrán derecho a percibir honorarios por los servicios profesionales que brinden en el ejercicio de sus funciones.⁸⁹

**b. En el caso de los abogados acogidos al
régimen de dedicación exclusiva y que ejercen
notariado**

i. Criterio previo

"Siendo independientes las labores del abogado respecto de las del notario, así como su retribución conforme quedó establecido y en vista de que la pregunta formulada en la consulta precisa que es el "abogado" el que está acogido al régimen de dedicación exclusiva, consideramos que el profesional en Derecho como "notario" no está obligado al no ejercicio particular o privado de su función como notario, en la medida de que éste, con sujeción al artículo 3° inciso e), del precitado Reglamento, no hay firmado el contrato de dedicación exclusiva como notario, pudiendo por consiguiente cartular libremente. No obstante conforme quedó visto, la dedicación exclusiva como contrato no es aplicable al notario dada la prohibición a éste del artículo 49 del Decreto referido, de celebrar convenios por los cuales esté a sueldo o retribución fijos y aquella -la dedicación exclusiva- se calcula sobre el salario base que presupone una relación de empleo".⁹⁰

Asimismo, en otro importante criterio se indica:

De acuerdo con la normativa anteriormente citada, tenemos entonces que un abogado acogido al régimen de dedicación

⁸⁹ Dictamen C-076-1987 del 07 de junio de 1987, de la P.G.R.

⁹⁰ Dictamen C-022-1987 del 28 de enero de 1987, de la P.G.R.

exclusiva no podría cobrar honorarios por las labores desempeñadas, aunque éstas fueran de notariado, para no caer en los supuestos contemplados en la Ley de Enriquecimiento ilícito, siendo que así la ha indicado nuestra Procuraduría⁹¹.

1. Excepción

La única posibilidad de cobro de honorarios se dio solamente para los empleados bancarios según Dictamen de Procuraduría General de la República, n°. C-188-91 de 27 de noviembre de 1991, se ha establecido como excepción a la dedicación exclusiva, la posibilidad para los notarios de cobrar honorarios notariales, bajo las siguientes condiciones:

"Como puede observarse, al ser el Banco Popular un ente público no estatal, sus funcionarios no se encuentran sujetos a la prohibición establecida en el citado artículo 23 de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, ya que no son funcionarios de un poder del Estado, de una institución autónoma, de una universidad o de una municipalidad, y como ya se indicó en el pronunciamiento transcrito, únicamente cuando se haga referencia expresa en dicho texto normativo, es que se debe entender que dicha ley se le aplica al Banco Popular, y por lo tanto a sus funcionarios.

Entonces, los funcionarios del Banco Popular sujetos a dedicación exclusiva sí podrían percibir honorarios de terceros por labores que desempeñen en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior, no obstante que esta interpretación parece contrariar a los principios filosóficos que dieron origen al régimen de dedicación exclusiva; pero en presencia de una norma que impone restricciones, no se puede -por vía

⁹¹ Dictamen C-168-90 de 09 de octubre de 1990, de la P.G.R.

de interpretación- hacer extensiva a otros funcionarios dichas limitaciones".⁹²

ii. Variación de criterio

Sin embargo, ese criterio radical anteriormente expuesto, que no permitía el cobro de honorarios ni al patrono Estado ni a la otra parte compareciente, varía parcialmente y es reconsiderado:

⁹² A fin de tener claros los artículos de la Ley de Enriquecimiento ilícito de los Servidores Públicos, No, 6872 del 17 de junio de 1983, que establecen las situaciones incompatibles con la función pública, se indican:

"ARTICULO 22.-

Los ministros de Gobierno, los viceministros y los presidentes ejecutivos, gerentes y subgerentes de los entes descentralizados o de las empresas públicas, no podrán ejercer profesiones liberales ni cargos de administración, dirección o representación de empresas privadas o públicas, salvo cuando esta representación sea otorgada por ley.

Los ministros o viceministros poder formar parte de juntas directivas, comisiones, consejos o demás organismos colegiados, cuando la ley expresamente así lo indique.

ARTÍCULO 23.-

Los funcionarios y empleados de los poderes del Estado y de las instituciones autónomas, de las universidades y de las municipalidades, que devenguen porcentajes de su salario o sumas de otra índole como indemnización por el no ejercicio particular o privado de su profesión, no tendrán derecho a percibir honorarios por los servicios profesionales que brinden en el ejercicio de sus funciones. Las sumas que correspondan al Estado por honorarios, se destinarán al fondo especial a que se refiere el párrafo primero del artículo 100 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

ARTICULO 24.-

Los nombramientos de notarios públicos, en calidad de servidores de los entes descentralizados y de las empresas públicas, deberán hacerse por concurso, mediante análisis de atestados.

ARTICULO 25.-

Los servidores públicos que incumplieren las prohibiciones contenidas en el presente capítulo, serán obligatoriamente removidos de sus cargos, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que pudiendo corresponderles.

Para tales efectos se seguirán los procedimientos que al efecto establece la Ley General de la Administración Pública".

"Por lo tanto, será únicamente el tercero quien debe cubrirle a los notarios la parte que les corresponde. Todo lo anteriormente expuesto es en términos generales"⁹³..

Aquí se faculta al notario, para cobrar los honorarios únicamente al tercero, y no al patrono.

iii. Imposibilidad de pago de dedicación exclusiva por el ejercicio del notariado

Sobre la posibilidad de acogerse al régimen de dedicación exclusiva, la jurisprudencia ha sido clara en que la imparcialidad del notario se mantiene en la imposibilidad de acogerse a alguna subordinación laboral, por lo que no es posible que el Estado pague dedicación exclusiva por concepto de notariado.

Al respecto, en lo que interesa, la P.G.R. ha indicado:

"Al presuponer la dedicación exclusiva la existencia de un empleo y un salario base que sirva para su cálculo y dada la imposibilidad o prohibición al notario de estar a sueldo, salario o retribución fijos (artículo 49 citado), no es dable reconocerle tal derecho. Además, sobra decir que no es

⁹³ Dictamen C-168-90 de 9 de octubre de 1990, de la P.G.R.

posible reconocer una dedicación exclusiva por el no ejercicio del notariado" al "abogado" acogido a dicho régimen por el no ejercicio de la abogacía", toda vez que se daría en la especie una retribución doble por ese concepto por el no ejercicio de una sola profesión, a saber, la de abogado.

Por último, para el reconocimiento de la dedicación exclusiva al notario en el sector público, consideramos conveniente una reforma al artículo 49 del Decreto de comentario, atendida la circunstancia de que la Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, N° 6872 de 17 de junio de 1983, en su artículo 24, contempla los nombramientos de notarios públicos "en calidad de servidores" de los entes descentralizados y de las empresas públicas y como tales, deviene lógico admitirlo, deben estar sujetos al sueldo, salario o retribución fijo y por ende podrían acogerse al régimen de dedicación exclusiva, quedando inmersos a lo estipulado en el artículo 23 de la referida Ley..."⁹⁴

c. Abogados en régimen de servicio público, no acogidos a la dedicación exclusiva

Indica la P.G.R., al respecto:

"Procede ahora analizar la posibilidad de que los abogados de planta de la institución, no acogidos a un régimen de dedicación exclusiva, puedan cobrar honorarios de notario, tanto a la institución para la cual laboran como a los terceros.

(...)

...Por lo tanto, será únicamente el tercero quien debe cubrirle a los notarios la parte que les corresponde. Todo lo anteriormente expuesto es en términos generales".⁹⁵

⁹⁴ Dictamen C-106-87 del 15 de mayo de 1987, de la P.G.R.

⁹⁵ Dictamen c-168-90 de 9 de octubre de 1990 de la P.G.R..

**d. CONTRATACIÓN DE NOTARIOS EXTERNOS EN LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA**

Durante el período analizado, la C.G.R. emite varios criterios ⁹⁶ dirigidos a la administración pública, en este aspecto se indica:

"La C.G.R., ha emitido diversos pronunciamientos en los que se ha indicado la prohibición que existe de contratar como notarios externos a los abogados de planta de una institución, y en particular los oficios que tenemos a mano, se refieren al Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU).

Me permitiré transcribir algunos párrafos de esos oficios con el fin de aclarar si en el evento de que existiera inopia de abogados de planta que realicen las escrituras sin cobrar honorarios, si esos mismos abogados podrían ser contratados como notarios externos.

"...mediante el cual solicita a esta Contraloría General, autorizar la contratación directa, por dos meses, para que los "abogados de planta" puedan efectuar actos notariales, me permito manifestarle que, como quedó claramente expuesto en nuestro anterior oficio..., los funcionarios de este instituto (como son los abogados de planta), por regla de principio, se encuentran inhibidos para realizar contratos administrativos con esa Entidad en condición de contratistas, sin que el ordenamiento jurídico mismo prevea la posibilidad de que este Despacho pueda autorizar la inobservancia de dicho régimen legal..." (Oficio N° 002417 suscrito por el Lic. José Gerardo Riba Bazo).

"Aclaremos, no obstante, que esta autorización se refiere a la contratación de los servicios de notariado externo que ese Instituto requiere, la cual deberá realizarse, - sin excepción- con profesionales totalmente ajenos a esa entidad, esto es, que no tengan con la misma ninguna relación de subordinación jurídico laboral." (Oficio N° 0168-88

⁹⁶ Ibid.

suscrito por el Lic. José Gerardo Riba Bazo, el cual fue confirmado por el Lic. Elías Soley Soler, Contralor, mediante oficio de 5 de junio de 1989).

En este mismo sentido, mediante un oficio extenso firmado por el señor José E. Ugalde Marín, como Director del Departamento de Licitaciones, N° 575 de 17 de enero de 1989, indicó, entre otras cosas, lo siguiente:

"En el aparte que nos interesa, nuestro ordenamiento jurídico, a través de los artículos 107, inciso d), de la Ley General de la Administración Financiera de la República y 252, inciso i), del Reglamento de Contratación Administrativa, y con fundamento en los más sólidos principios de sana administración (en punto a la moralidad, esencialmente) que deben prevalecer en la materia que los ocupa, ha establecido una serie de restricciones legítimas de carácter subjetivo a la libre concurrencia, que tienden a impedir, en términos categóricos, a todos los empleados, funcionarios o agentes, celebrar contratos administrativos (como contratistas) o participar en los trámites previos a su celebración, ya sea de manera directa o indirecta, respecto de negocios de la propia institución en la que sirven...

A partir del marco descrito supra (y a mayor abundamiento pueden verse los oficio 5102 y 7546 de 22 de mayo de 1987 y 1 de julio de 1988, respectivamente, de esta Contraloría General) para este Despacho es claro que, en primera instancia, los abogados que presten sus servicios a esa Entidad a través de una relación administrativo laboral (abogados "internos") no pueden, bajo ninguna circunstancia, realizar labores profesionales como notarios "externos" al amparo de un contrato administrativo (en sentido estricto), independientemente de si se trata de la atención de necesidades ocasionales o permanentes.

..., en el sentido de que los abogados vinculados a ese Instituto por una relación administrativo-laboral, y por tanto funcionarios del mismo, se encuentran absolutamente inhibidos para prestar sus servicios como "notarios externos" (por vía de contratación administrativa stricto sensu)".

Por lo tanto, los abogados del IMAS no podrían ser contratados como notarios externos".

De la lectura de estos oficios se deduce la aceptación para que un funcionario público pueda ejercer la función notarial.

4- DERECHOS ADQUIRIDOS

a. Posición jurisprudencial del período

Acerca de la fundamentación constitucional de los valores fundamentales que se guardan en el respeto a los derechos adquiridos, aplicables en todo momento a los derechos obtenidos por los abogados en régimen de funcionario público que ejercen el notariado, se ha indicado:

"La Sala reconoce que ello es así; sin embargo, considera que el principio de irretroactividad, al igual que los demás relativos a los derechos o libertades fundamentales, no es tan sólo formal, sino también y sobre todo material, de modo que resulta violado, no sólo cuando una nueva norma o la reforma de una anterior altera ilegítimamente derechos adquiridos o situaciones consolidadas al amparo de la dicha norma anterior, sino también cuando los efectos, la interpretación o la aplicación de esta última produce un perjuicio irrazonable o desproporcionado al titular del derecho o situación que ella misma consagra. Esto es así, porque ...el trabajador queda protegido,... por las normas y principios constitucionales que consagran su derecho... lo rodean de las especiales garantías de la Ley Fundamental, entre ellos el que prohíbe dar a los primeros efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas (art. 34 Constitución), así como el de los "actos propios", según el cual las autoridades públicas no pueden ir contra sus propios

actos declarativos de derechos, salvo excepciones rigurosamente reguladas; principio este vinculado, a su vez, al propio artículo 34 y al toral de la buena fe, que constituye uno de los pilares del Estado democrático de derecho y, por ende, del orden constitucional".⁹⁷

De conformidad con la resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las 15:10 horas del veintiocho de junio de 1990, en sentencia n°. 106-F-91, en el considerando IV, se indicó al respecto de los derechos adquiridos lo siguiente:

"IV.- Las Leyes y reglamentos producen efectos jurídicos desde que rigen y hasta que son derogados. Los reglamentos también dejan de producir efectos cuando son anulados y las leyes también dejan de regir cuando son declaradas inconstitucionales. Ello no obstante, como lo afirma la sentencia de la sala No. 79 de las 14.30 horas del 20 de octubre de 1.989 en su considerando segundo, "es procedente en Derecho considerar que las leyes y los reglamentos continúan produciendo efectos jurídicos aún después de modificados o derogados, para regular aquellas situaciones jurídicas nacidas bajo su vigencia y que han dado origen a derechos subjetivos o intereses legítimos del particular interesado".

97 Sala Constitucional, sentencia no.1147-90 de las 16:00 del 21 de setiembre de 1990.

CAPÍTULO III.

EL EJERCICIO DEL NOTARIADO PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL, EN VIGENCIA DEL CÓDIGO NOTARIAL

En este capítulo, se procederá a analizar los límites al ejercicio profesional del notariado para los funcionarios públicos, basándonos en el análisis de la jurisprudencia que, al respecto de la materia, ha dictado nuestra Sala Constitucional.

Como tesis de principio, se tiene la imposibilidad absoluta del ejercicio del notariado para los empleados públicos, no obstante, deja duda, la excepción del ejercicio del notariado que le es permitido al empleado público, siempre que este no cobre honorarios por dicha labor.

Con el nuevo C.N., se establecen reglas que deben ser analizadas en comparación con las que rigieron en la legislación anterior, para determinar si los mismos principios se mantienen o si en su defecto la permisibilidad del ejercicio de la función notarial para el empleado público

se basa en un aspecto de no cobro de honorarios al Estado, lo que prácticamente, "se le establece precio a la fe pública".

Se intenta establecer la posición e interpretación que nuestra Sala Constitucional ha dado en el tema del ejercicio notarial para los funcionarios públicos, así como determinar si los principios rígidos de la independencia e imparcialidad de la función notarial se mantienen o han sufrido alguna modificación intrínseca.

1. EL DERECHO AL EJERCICIO PROFESIONAL

La Procuraduría ⁹⁸ al establecer los efectos que genera el ejercicio del notariado, con fundamento en las disposiciones de la Sala Constitucional, ha indicado que el ejercicio profesional es manifestación del derecho constitucional al trabajo, basándose en la siguiente jurisprudencia que dice:

"...El desempeño de profesiones tituladas es una modalidad de ejercicio del derecho al trabajo, que es un derecho fundamental, y que está permeado por el principio de libertad; su modulación jurídica es, pues,

⁹⁸ Ver dictamen C-054-2000 de 17 de marzo de 2000.

materia propia de la ley formal, a la que debe subordinarse la potestad reglamentaria...".⁹⁹

a. Características

El desempeño de profesiones tituladas, de conformidad con la anterior posición de la Sala Constitucional, tiene como características:

- i. El desempeño de profesiones tituladas es una modalidad de ejercicio del derecho al trabajo**

- ii. Es un derecho fundamental que está permeado por el principio de libertad**

La Constitución costarricense no consagra expresamente la libertad profesional. No obstante, esa libertad puede deducirse de la conjunción de varios derechos constitucionales, tal como sucede con la libertad de

⁹⁹ Sala Constitucional, resolución n°. 7123-98 de 16:33 horas. del 6 de octubre de 1998.

contratación. En el presente caso, la deducción se origina de lo dispuesto en los artículos 56 y 46 de la C.P., en virtud de los cuales se reconocen el derecho al trabajo y la libertad de empresa que, para nuestros efectos, será entendida como libertad de establecimiento¹⁰⁰.

Libertad que a la vez, tiene sus propias características:

1. El particular tiene el derecho de decidir a cuál actividad profesional se va a dedicar, sin que sea concebible que la actividad sea impuesta por el Estado o una autoridad administrativa.

Así lo ha establecido la Procuraduría al indicar:

"Correlativamente, el Estado no puede imponer limitaciones a la elección de una profesión. El único límite posible es la licitud de la actividad de que se trate. Se ha dicho, al efecto, que la única restricción es la derivada de "la fuerza impediende de la realidad", aquella derivada de la organización (J.L. PIÑAR MAÑAS: "La Configuración Constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio". Estudios sobre la Constitución Española, II, Civitas, 1991, p. 1350), como puede ser el hecho de que tratándose de una profesión titulada, la persona no logre ingresar a la universidad o ingresando a ésta, no sea admitido a la carrera seleccionada por ser de cupo restringido, o en caso

¹⁰⁰ Ver Dictamen C-054-2000 de 17 de marzo de 2000.

extremo que quiera estudiar una carrera que no se imparte en el país. El autor antes citado nos señala sobre este derecho:

"La elección se entiende que forma parte del libre desenvolvimiento humano, del desarrollo vocacional de la personalidad y, por lo tanto, no puede ser sometida a trabas. Ni siquiera alegando saturación profesional, pues ello equivaldría a negar la concurrencia libre y a sepultar las expectativas de los mejores por venir ante los peores ya establecidos". (loc. cit.).

Ergo, el Estado no puede intervenir en esa elección."¹⁰¹.

2. Contrario a lo que sucede con la libertad de elección, la libertad de ejercicio puede sufrir diversas limitaciones según se indica como sigue:

"...Parafraseando a la Corte Plena, cuando ejercía funciones de Contralor Constitucional, cabe afirmar que la persona es libre para ejercer la actividad a que quiere dedicarse, pero una vez escogida dicha actividad, está sujeta a todas las regulaciones públicas que se establezcan. Por ende, el ejercicio profesional está sumido al conjunto de disposiciones que el Estado imponga respecto de la solvencia profesional o moral de la persona".¹⁰².

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid.

iii. Su modulación jurídica es, pues, materia propia de la ley formal, a la que debe subordinarse la potestad reglamentaria

Ese carácter de libertad fundamental ha sido reconocido por la Sala Constitucional, en el voto n°. 1626-97 de 15:21 horas. del 18 de marzo de 1997 afirmó:

"...Como bien indicó la P.G.R., dado que el ejercicio profesional concierne al efectivo ejercicio de una libertad pública, éste debe ser definido por la ley...", reiterado mediante resolución N. 7123-98 de 16:33 hrs. del 6 de octubre de 1998 de esa misma Sala Constitucional.

"No obstante, la potestad de regulación estatal se sujeta a determinados principios, que informan el régimen jurídico de los derechos constitucionales".¹⁰³

1. El régimen jurídico de las libertades públicas

La Sala Constitucional se ha referido en diversos fallos sobre el régimen jurídico de las libertades públicas. Un

¹⁰³ Ibid.

régimen que se caracteriza por dos principios fundamentales: el de reserva de ley respecto de la regulación y el de *pro libertatis* que informa la interpretación de los derechos fundamentales. De acuerdo con este último, toda norma jurídica debe ser interpretada en forma favorable a la libertad. Interesa aquí la reserva de ley.¹⁰⁴

a. Características

Este es un régimen que se caracteriza por dos principios fundamentales, según lo dictaminado por la P.G.R., a saber:

- i. El principio de *pro libertatis*** que informa la interpretación de los derechos fundamentales.

"... el de *pro libertatis* que informa la interpretación de los derechos fundamentales".

¹⁰⁵

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid.

ii. El principio de *reserva de ley*

"...respecto de la regulación".¹⁰⁶

Su efecto consiste en que:

"El régimen de los derechos fundamentales determina que su regulación solo puede provenir de una norma con rango de ley o superior a ésta. La materia de derechos fundamentales debe ser regulada por una ley entendida en sentido formal y material. Lo que implica que corresponde, en principio, al legislador -como representante del pueblo- la regulación de estos derechos, quedando vedado al Ejecutivo el regular con carácter originario el derecho en cuestión. Lo que significa una prohibición explícita para el legislador de rehuir el establecer la regulación, remitiendo al reglamento para que establezca los derechos y obligaciones de los titulares del derecho"¹⁰⁷

De esta regulación se extraen ciertas características y límites a saber:

1. Características

La Procuraduría¹⁰⁸ ha indicado algunas características, que definen los límites que legislativamente se imponen al régimen jurídico de las libertades públicas, tales como:

- 1- Su regulación solo puede provenir de una norma con rango de ley o superior a esta.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid.

- a. La materia de derechos fundamentales debe ser regulada por una ley entendida en sentido formal y material.
- b. Lo que implica que corresponde, en principio, al legislador -como representante del pueblo- la regulación de estos derechos.
- c. Quedando vedado al Ejecutivo el regular con carácter originario el derecho en cuestión.
- d. Lo que significa una prohibición explícita para el legislador de rehuir el establecer la regulación, remitiendo al reglamento para que establezca los derechos y obligaciones de los titulares del derecho

2- Corresponde al Ejecutivo reglar toda actividad administrativa en esta materia, por ser necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque estas implicarían

obviamente un abandono de la propia reserva de ley al Poder Legislativo.

En ese sentido, la Sala ha dicho que el régimen de la libertad fundamental contempla una prohibición de regularla por reglamento ejecutivo y que de emitirse un reglamento ejecutivo sobre la materia, este debe ser ejecución de una ley preexistente.

La conceptualización de la Sala sobre este régimen se expresa como sigue:

"...Lo anterior da lugar a cuatro corolarios de la mayor importancia para la correcta consideración de la presente acción de inconstitucionalidad, a saber:

a) En primer lugar, el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales - todo , por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-;

b) ...solo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial"; y

c) En tercero, que ni aún en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o

restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial:

d) Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley...". ¹⁰⁹(el subrayado es del original).

2. Límites a la regulación

a. Para el legislador

La regulación a la libertad fundamental, por el legislador, limita a este el ejercicio de su potestad. Estos límites son los derivados del artículo 28 constitucional¹¹⁰, por lo que la regulación que se realice de una libertad fundamental, debe contener las siguientes características:

- i. Ser razonable
- ii. Ser proporcional
- iii. Ser necesaria

¹⁰⁹ Sala Constitucional, sentencia n°. 3550-92 de 16:00 hrs. de 24 de noviembre de 1992.

¹¹⁰ Artículo 28.-
Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.
Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.
No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas. (C.P. de la República de Costa Rica del siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve)

iv. Dirigida a tutelar:

- Sea los derechos de terceros como:
 - o La moral.
 - o El orden público

Ha señalado la Sala sobre este aspecto:

"...no obstante que los derechos fundamentales pueden estar sujetos a determinadas restricciones, éstas resultan legítimas únicamente cuando son necesarias para hacer posible la vigencia de los valores democráticos y constitucionales, por lo que además de "necesaria", "útil", "razonable" u "oportuna", la restricción debe implicar la existencia de una necesidad social imperiosa que la sustente. En este orden de ideas, debe distinguirse entre el ámbito interno, que se refiere al contenido propio o esencial del derecho -que ha sido definido como aquella parte del contenido sin el cual el derecho mismo pierde su particularidad, o lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a determinado tipo-, de manera que no caben las restricciones o límites que hagan impracticable su ejercicio, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección; y el ámbito externo, en el cual cobra relevancia la actuación de las autoridades públicas y de terceros. Asimismo, la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales está ordenada a una serie de principios que este Tribunal ha señalado con anterioridad -sentencia número 3550-92, así por ejemplo: 1-. Deben estar llamadas a satisfacer un interés público imperativo; 2-. Para alcanzar ese interés público, debe escogerse entre varias opciones aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido; 3-. La restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese objetivo; 4-. la restricción debe ser imperiosa socialmente, y por ende excepcional....".¹¹¹

¹¹¹ Sala Constitucional Resolución n°. 4205-96 de 14:33 horas de 20 de agosto de 1996.

**b. Para el Poder Ejecutivo al
reglamentar la ley**

“La ley debe establecer las normas reguladoras para el ejercicio de cada profesión y definir el ámbito de actuación válido (límites de actuación de cada profesión). A la par de esta norma referida a la profesión en forma específica (en el caso, Ley Orgánica del Colegio de Abogados, N. 13 de 28 de octubre de 1941), el profesional encuentra un conjunto de regulaciones que debe respetar independientemente de que estén o no contenidas en la ley especial sobre la profesión.

El contenido de la regulación legal abarca derechos y obligaciones. La profesión se formaliza o institucionaliza para exigir unas cautelas y precauciones respecto de la actividad profesional, en aras del resguardo del interés público y del propio ejercicio profesional. Ergo, pueden imponerse limitaciones al ejercicio profesional. De lo expuesto anteriormente, se sigue que cualquier restricción al ejercicio profesional debe estar prevista en la Ley, así como encontrar fundamento en el interés público. Entre las posibles restricciones al ejercicio de la libertad profesionales encontramos la exigencia de una titulación (profesión titulada) y la colegiación misma. Restricciones que constitucionalmente son válidas”.¹¹²

**2. LA FUNCIÓN NOTARIAL COMO MODALIDAD DEL EJERCICIO DE LA
ACTIVIDAD PROFESIONAL**

a. Concepto normativo actual

De conformidad con el C.N., la función notarial es definida de la siguiente manera:

¹¹² Ibid.

"Artículo 1.- NOTARIADO PÚBLICO. 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"¹¹³.

b. Ejercicio profesional del notariado

De la definición normativa dada con anterioridad, y de la posición jurisprudencial que rige la libertad fundamental del ejercicio profesional, se tiene que la actividad notarial que despliega un profesional, constituye una modalidad de trabajo, dentro de su libertad y ejercicio profesional, la cual a su vez se constituye en parte de su medio de subsistencia, así reconocido por la Sala Constitucional:

"..., no resulta razonable ni proporcional el desprendimiento del protocolo que tiene en uso actualmente el recurrente, que no es sólo un objeto en sí mismo, sino que es precisamente donde ejerce su función de notario, de la cual no se encuentra suspendido y constituye parte de su medio de subsistencia. Se entiende que todo medio y fin deben ser proporcionales y razonables, por lo que en el presente caso para verificarse la firma del recurrente, el recurrido pudo haber acudido a otros medios de prueba que hubiesen dado un buen resultado y que no causaría un perjuicio tan gravoso para el amparado, como el desprender a un notario activo de su protocolo -instrumento jurídico- y sobretodo durante un tiempo indeterminado...."¹¹⁴ (Lo destacado no es del original)

¹¹³ Ley 7764 de 08 de abril de 1998, que rigió 6 meses después de su publicación.

¹¹⁴ Sala Constitucional en resolución 05764-99 de las 11:09 del 23 de julio de 1999.

No obstante lo anterior, por constituir esta función, un ejercicio a una libertad pública, la libertad ha sido regulada por el Poder Legislativo, en el actual y vigente C.N.¹¹⁵.

c. Principios que rigen el ejercicio profesional del notariado

El ejercicio profesional del notariado está regulado en forma legal por el C.N., donde se reiteran los principios que han regido esta materia, anteriores a este cuerpo normativo, y desde la primera Ley Orgánica del Notariado, como lo vimos en el capítulo anterior.

i- El principio de independencia y

ii- El principio de imparcialidad

¹¹⁵ Ley 7764 de 08 de abril de 1998, que rigió 6 meses después de su publicación.

Lo anterior ha sido dispuesto por nuestra Sala Constitucional, en reiteración de varias sentencias anteriores¹¹⁶ las cuales expresan:

"IV.- Ahora bien: lo que se ha venido considerando como una prohibición, debe entenderse más correctamente como una incompatibilidad, ya que lo que se pretende evitar es una situación de conflicto entre ser funcionario público y simultáneamente ejercer otra función -que también es pública- como es la de Notario. Esta incompatibilidad es insoslayable, si tenemos en cuenta que la función pública merece protección y así incluso se ha estimado de siempre, como que al funcionario público se le veda desempeñar otra función o trabajo, en el tanto pueda menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes, o comprometer su imparcialidad o su independencia. Esta tesis no es extraña al espíritu constitucional, tal como puede colegirse del principio de responsabilidad de los funcionarios (artículo 9°), del principio-deber de legalidad (artículo 11), así como de la exigencia de que la administración pública funcione a base de eficiencia e idoneidad (artículo 191).- (El resaltado no es del original)..." ¹¹⁷ (Lo destacado es del original)

Continúa indicando,

"Esta posición fue reiterada en la sentencia N°3139-97 de las 10:12 horas del 6 de junio de 1997 y resulta plenamente aplicable a las disposiciones del C.N. vigente cuya constitucionalidad se cuestiona en esta acción. **Ese cuerpo de normas establece un régimen de incompatibilidades para el Notario Público, para garantizar que la función notarial sea ejercida de manera diáfana, y con absoluta objetividad e imparcialidad,** el legislador utilizó el recurso de establecer impedimentos para su ejercicio a quienes se encuentren en

116 Sala Constitucional, sentencia n°. 4258-2000 de las 16:30 horas del 17 de mayo del 2000, que reitera las sentencias de la misma Sala, n°. 649-93 de las 14:45 horas del 09 de febrero de 1993, Sentencia n°. 3502-94, de las 15:18 horas del 12 de julio de 1994, Sentencia n°. 5549-95 de las 15:15 horas del 15 de octubre de 1995 y Sentencia n°. 3139-97 de 10:12 horas del 6 de junio de 1997.

¹¹⁷ Sala Constitucional, n°. 649-93 de las 14:45 horas del 09 de febrero de 1993

determinadas situaciones. El numeral 4 inciso f) del Código de Notariado, establece un impedimento general para ejercer el Notariado para quienes ejerzan cargos en cualquier dependencia del sector público, incluso en aquellas cuya organización se rija por el Derecho Privado, en las cuales se les prohíba el ejercicio externo del notariado. De conformidad con la sentencia parcialmente transcrita, el impedimento es razonable y acorde con el Derecho de la Constitución, pues como regla general no resulta legítimo ejercer dos funciones de naturaleza pública simultáneamente, por lo que en este extremo la Sala confirma los planteamientos de la jurisprudencia citada supra".¹¹⁸ (Lo destacado no es del original).

**d. Nueva conceptualización de los principios que rigen
la función notarial**

De conformidad con el análisis jurisprudencial, de este período, en vigencia del C.N.¹¹⁹, nuestra Sala Constitucional ha ampliado el concepto de los principios que han informado la función notarial, manteniendo los principios en forma rígida para el notario que ejerza la función notarial en forma privada o liberal (sin ninguna relación de servicio con la Administración Pública) y adecuando los mismos, en forma flexible pero rígida a la vez, así como exclusiva, (abriendo la posibilidad del ejercicio público de la función notarial, para servidores del régimen laboral con la Administración Pública.

¹¹⁸ Sala Constitucional, sentencia n°. 4258-2000 de las 16:30 horas del 17 de mayo de 2000

Al respecto, de la nueva conceptualización de la independencia de la labor de abogado y la función notarial, la Procuraduría¹²⁰ ha indicado lo siguiente:

"En lo que atañe al régimen de empleo público, el citado Código, pone su empeño en recalcar la restricción del ejercicio notarial a los funcionarios, pero esta vez,¹²¹ de todas las instituciones públicas que, por ocupar un cargo en las mismas, no podrían dejar de lado los deberes y obligaciones, que como tales tienen bajo su responsabilidad; ya que, en el supuesto de ejercer esa doble actuación, podría perjudicar los intereses del usuario y los de la Administración Pública en toda su magnitud, según observamos en líneas atrás".

Así lo dejó claro el Magistrado de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Orlando Aguirre, al subrayar que:

" Sobre este tema ya habíamos discutido en su oportunidad, y no había quedado muy conforme en los términos como quedó regulado, porque el planteamiento que se había hecho originalmente, así lo habíamos planteado con el ICODEN, era que - y lo hicimos en relación con el servicio público en general- los servidores públicos no pueden a la vez ser notarios públicos, no pueden ejercer ambas cosas. Hay un fallo muy interesante de la Sala Constitucional, porque se incluyeron unas consideraciones en el sentido de que hay hasta una cuestión ética de por medio, porque un notario, si es servidor público y tiene una notaría abierta, es muy posible que distraiga tiempo de su propio trabajo para

¹¹⁹ Ley 7764 de 8 de abril de 1998, que rigió 6 meses después de su publicación.

¹²⁰ Dictamen C-232-98 de 4 de octubre de 1998.

¹²¹ En comparación con el transcrito artículo 19 de la citada Ley Orgánica, el nuevo C.N. dice:
" Artículo 4.-
(...)
Quienes ejerzan cargos en cualquier dependencia del sector público, incluso en las estructuradas según modelos organizacionales del Derecho Privado, en los que se les prohíba el ejercicio externo del notariado".

poder atender otras cosas, que no es conveniente, aparte de esto de la objetividad que representa el ser empleado".¹²².

No obstante lo anterior, mediante la opinión jurídica de la Procuraduría se aclara que lo que se prohíbe al funcionario público es el ejercicio liberal de la función notarial, al indicar lo siguiente:

"En primer término, débase tomar en cuenta en este análisis, la situación de las **incompatibilidades** en la función pública, toda vez que, es el fundamento principal de lo que **legalmente se ha dictado sobre el impedimento del funcionario público para ejercer, en forma liberal, el notariado,** según lo estipulado en los incisos b) y f) del artículo 4 del nuevo C.N..

(...)

La Sala ha considerado que la función pública merece protección.

De ahí, que al funcionario público se le veda desempeñar otra función o trabajo, si con ello peligras el estricto cumplimiento de sus deberes, o pueda verse comprometida su imparcialidad o su independencia." ¹²³ (Lo destacado no es del original)

Sin embargo, con el análisis de las actas legislativas donde se discutió el establecimiento de impedimentos al ejercicio de la función notarial para el empleado público, se crea la unidad entre la profesión de abogado y la de notario, por lo que al ser esta una especialidad dentro de la profesión

¹²² Ver actas del Expediente Legislativo n°. 10102, folio 1235.

¹²³ Ver Opinión Jurídica n°. O.J-049-99 de 29 de abril de 1999.

legal, y al ser el abogado un funcionario público, y posiblemente contratado para su doble función, como abogado-notario, es que se desprende, de la redacción del artículo 2 del C.N., la posibilidad de que este funcionario realice ambas labores en el mismo espacio y tiempo, según la forma en que quedó redactado ese artículo:

Artículo 2.- Definición de notario público. El notario público es el profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial.

En Leyes, reglamentos, acuerdos y documentos, cuando se use la palabra notario, debe entenderse referida al notario público."¹²⁴
(Lo destacado no es del original)

Espíritu de la normativa del nuevo C.N. respecto de los límites al ejercicio notarial para el funcionario público

En lo que toca al análisis, respecto de la materia de la función notarial para el funcionario público, se hace necesario ordenar armoniosamente las normas existentes, e incluso con otras del ordenamiento público en general,

¹²⁴ Ley n°. 7764 de 06 de marzo de 1998, publicado en Boletín Judicial n°. 67 del lunes 06 de abril de 1998.

recurriendo a la hermenéutica jurídica¹²⁵ a fin de obtener una interpretación de sus textos, ajustada a lo que el legislador quiso resguardar de la función pública, la cual la Procuraduría se ha referido en varias oportunidades.¹²⁶

Conviene en el presente trabajo, reproducir las siguientes intervenciones ante la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, según expediente legislativo n°. 10102:

125. Como auxiliar de la interpretación doctrinal existe un arte - la hermenéutica legal- que suministra ciertas reglas por cuyo medio se puede llegar a conocer más o menos lo que se llama la mente o espíritu de la ley, o sea, la intención del legislador. (...) Las palabras con que esté redactada la ley deben ser entendidos en su significación corriente, a no ser que el legislador les haya dado otra particular o técnica, caso en el cual habrá de tomarse en cuenta esta particularidad a fin de ajustarse al concepto que propiamente se ha querido expresar. (...) También el preámbulo de las leyes, así como la exposición de motivos que a veces las acompañan, sirven para orientar el criterio del juzgador en la investigación del concepto cierto, o la menos probable, del canon legislativo. (...) De otro lado, preciso es interpretar las disposiciones legislativas en la dirección más racional, en la que mejor corresponda al bien de la sociedad, o las necesidades y conveniencia del pueblo para quien se legisla, porque tal ha debido ser el propósito tenido en mira al dictarlas. (...) Si en una misma ley aparecieren dos disposiciones que se contradicen, ante todo es preciso procurar armonizarlas de manera que una y otra puedan coexistir, pero sin violentar los textos, ni menos crear una situación antijurídica que haga imposible la solución justa de los puntos debatidos. Más si no fuere dable armonizar las disposiciones que se hallan en conflicto por ocurrir ese antagonismo irreductible que se denomina "antinomia" de suerte que sea indispensable tener por eliminado uno de los preceptos legales contrapuestos, habrá de ser preferido y mantenerse el que se conforme mejor con los principios de derecho que rigen en la materia y con las nociones generales de equidad." (Ver, Brenes Códorba (Alberto) "El Tratado de las Personas", Librería e Imprenta Lehman, San José, 1933, p.p. 47,48 y 49)

¹²⁶ Dictamen C-232-98 del 4 de octubre de 1998, ratificado por OJ-088-99 de 11 de enero de 1999.

"LICDA. ROXANA SÁNCHEZ:

Yo creo que aquí lo más interesante de todo lo que hemos conversado es algo que anotaba don German, y es de la diferencia que debe haber del ejercicio de la abogacía y del notariado, porque entonces a muchos profesionales en derecho son contratados en las oficinas públicas como abogados, el mismo caso de mis compañeros aquí a la par, son asesores legislativos pero no son contratados como notarios entonces creo que la diferencia debería hacerse para recalcar más aún o poner más énfasis en el ejercicio del notariado, ahí quedará para la redacción en la Comisión de Estilo de hacer esa diferencia.

EL COORDINADOR:

Es que se está viendo el notariado como una especialidad en el Derecho, o sea, que no son dos profesiones, uno puede ser médico y cirujano, pero no es que sean dos profesiones, no es como ser Psicólogo y Abogado, no es como ser Educador y ser Ingeniero, sino que estamos viéndolo como especialidad es decir, porque discutimos internamente sinceramente vamos a decirlo, que si aquí en la ley se les reconocía un pago extra además de la prohibición que pague porque es renunciar a otra profesión, no, no es renunciar. Es más lo que podría tener derecho después es que si tiene un grado académico mayor porque eso es lo único a lo que da derecho el notariado, ahí si se lo reconocen pero como un grado académico mayor, no porque se les esta cercenando el ejercicio de otra profesión, porque estamos diciendo que es una especialidad de la profesión de abogado, eso que dejamos claro, porque eso fue una discusión grandecita que nosotros tuvimos internamente. (...)

EL COORDINADOR:

Está bien aclarado, me han solicitado audiencia sobre eso -le voy a decir que han pedido audiencia- y que incluso el diputado Trejos me presentó varias mociones en ese sentido y yo le expliqué la confusión en la que estaba: no se trata de dos profesiones. Era como ser médico y cirujano o como ser abogado y abogado penalista. Si tiene un grado académico mayor el abogado por ahí se le paga, pero no es que tenga dos profesiones. En este Código está bien aclarado, es una especialidad de la profesión de abogado.

No sé si queda claro, pero así lo espero y además que quede en actas porque imagino que se van a dar conflictos laborales posteriores.

En el Código queda bien aclarado que en el ejercicio de la profesión de abogado tiene una especialidad que se llama notariado que se puede ejercer y que solo han reconocimiento salarial si hay una especialidad o un grado académico mayor, como lo hace el sector público en donde si se es LIC. en derecho y se tiene un máster o un doctorado se le reconoce salarialmente, pero solo porque es un grado académico mayor al de Licenciado, no porque tiene dos profesiones.

Ser abogado y ser notario no es como ser abogado y ser ingeniero ni ser abogado y ser médico, no. Ser abogado y notario es como decir "soy abogado penalista"; así se tiene que ver en el futuro.

MAGISTRADO ORLANDO AGUIRRE:

Pienso que se deben hacer algunas aclaraciones sobre esto.

En realidad no se trata de dos profesiones sino que el notariado es, como se dice en el mismo proyecto, el ejercicio de una función pública y sobre esto no pueden cobrarse prohibiciones, al menos que una ley expresamente lo autorice.

Ningún notario puede comprometerse a trabajar como notario público; o sea, que el notario es independiente, es una cosa totalmente separada y tiene la obligación de tener abierta una oficina al público.

Ahora, si acepta un cargo público que tiene alguna incompatibilidad, obviamente, no va a poder cumplir con una obligación legal: tener abierta la oficina al público y eso es arbitrio de la persona a quien se le ha habilitado para ejercer una función, aceptar otra que es incompatible con la que ya tiene y, de esa manera, no podría pedir una retribución porque al ocupar un empleo público no puede cumplir con otra obligación.

Sobre esto -eso no lo estoy inventando en este momento- hay un antecedente de la Sala Constitucional, porque un grupo de notarios que tienen que ver con los bancos estaban reclamando que se les pagara una prohibición por no poder ejercer el notariado. La Sala estableció claramente en ese fallo que el notariado no es una profesión, no es una especialidad del ejercicio liberal de la abogacía, no (sic: debe entenderse, por el contexto mismo de esta intervención, que el "no" aquí incluido es un evidente error material de transcripción y, por lo tanto, debe tenerse por suprimido) es una función pública que la persona se obliga a prestar dentro de ciertos requisitos y, desde luego, con las limitaciones que la ley señala al efecto" (Expediente No. 10102, Acta de Subcomisión No. 4 de 23 de setiembre de 1996, páginas 1114 a 1116).

respecto de esto, indica la Procuraduría¹²⁷:

¹²⁷ Opinión Jurídica n° O.J- 014 de 27 de enero de 1999, reiterada por OJ-016-99 de 14 de febrero de 1999.

De lo expuesto resulta claro, de conformidad con el artículo 2 del C.N. que

"el notario público es el profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial".

Lo anteriormente indicado, se aclara en el análisis del voto constitucional n°. 00444-200 de las 16:51 horas del 12 de enero del 2000, al resolver la acción de inconstitucionalidad que se interpuso contra los artículos 4, inciso f); 5, inciso d); 7, inciso b) y párrafo final del artículo 8, del C.N., así como contra la Directriz #006-99, de la Dirección Nacional que indica en lo que interesa:

i. Adecuación del principio de independencia

Reconoce, en cierta medida, que el notariado es una profesión diversa de la profesión de abogado al indicar:

*"En este sentido, aún cuando es claro que el notariado es una profesión diversa e independiente de la abogacía,..."*¹²⁸

¹²⁸ Sala Constitucional, sentencia n°. 444-2000, de las 16:51 horas de 12 de enero de 2000.

La jurisprudencia reinterpreta los principios de independencia e imparcialidad de la función pública versus la función notarial, dentro de supuestos distintos, en situaciones específicas prácticas, en contraposición con los principios originales rígidamente contemplados.

Indica además que, cuando el abogado, en esa única condición, ejerce una función pública, como funcionario público, en una relación laboral, y conviene con la administración al pago de dedicación exclusiva, al haberse contratado únicamente para las funciones de abogacía, por el simple hecho de acogerse a la dedicación exclusiva, esta prohibición lo obliga, no solo a no ejercer privadamente la abogacía, sino que también le está prohibido ejercer la función del notariado libremente, esto aunque no se haya acogido a la dedicación exclusiva, e indica lo siguiente:

"... no puede alegarse que el contrato de dedicación exclusiva inhibe exclusivamente el ejercicio de la abogacía, por ser esa la profesión para la que fueron contratados, al exigírseles -únicamente- el título de licenciados en derecho, y no el de notarios públicos, tanto la doctrina como la normativa que regula esta materia, son claras en señalar que el objetivo es que el empleado público se dedique "en exclusivo" a los fines e intereses del Estado, para lo cual se inhibe el ejercicio privado o liberal de todas las profesiones que ostente el servidor en relación con las funciones que tenga encomendadas y que puedan crear un conflicto de intereses (los de la Administración y los de los clientes), motivo por el cual al suscribirse un contrato de dedicación exclusiva no puede distinguirse entre el ejercicio de la abogacía y el notariado, pues no se puede aislar y limitar la

*fe pública habilitada al notario, toda vez que la decisión es voluntaria, pudiendo comprometer la función notarial a un tiempo y espacio que no lo permite. Como lo indica su denominación, su decisión define una dedicación especial al correcto funcionamiento del aparato público. Es así como el profesional que esté bajo el régimen de dedicación exclusiva deberá cesar en sus funciones notariales -cartulación, actos extraprotocolares-. En este sentido, la dedicación exclusiva, cualquier sobresueldo o compensación económica que se formule como un pago adicional al salario del profesional bajo ese régimen sí constituye un obstáculo para el ejercicio de la función notarial; por lo que bien puede concluirse que este impedimento sólo se excluye a quien no perciba una dedicación exclusiva o prohibición de ninguna clase".*¹²⁹ (Lo destacado es del original)

1. Para el funcionario público contratado únicamente para la función de abogado y no de notario, por la administración pública

La sentencia es clara en visualizar la existencia de excepciones y diferencias dentro del principio de independencia notarial entre los servidores públicos, contratados únicamente como abogados y no como notarios, y entre los contratados como abogados y como notarios, en una misma persona, permitiendo que estos funcionarios ejerzan su función contratada por relación laboral (salario fijo), o bien por servicios profesionales externos (honorarios notariales). Se mantiene rígida la posición que, en ningún caso, los servidores pueden cobrar los honorarios notariales,

¹²⁹ Ibid.

ni profesionales por sus servicios a su patrono Administración Pública, según las condiciones que se indicarán posteriormente, para los dos casos específicos.

a. De la independencia entre las funciones de abogado y de notario según su relación con la Administración Pública

i. Funcionarios públicos en relación laboral, contratados con funciones exclusivas de abogados, acogidos al régimen de dedicación exclusiva

Al respecto la sentencia en análisis señala que cuando el abogado ejerce una función pública, como funcionario público, únicamente con funciones de abogado y conviene con la administración al pago de dedicación exclusiva, por el simple hecho de acogerse en forma voluntaria a ese convenio, como abogado, aunque no se acordó en dedicación ni prohibiciones de ningún tipo para la función notarial, que este podría ejercer en forma liberal, se establece que le

está absolutamente prohibido, y lo obliga al noejercicio privado del notariado, al respecto se indica:

*"Como lo indica su denominación, su decisión define una dedicación especial al correcto funcionamiento del aparato público".*¹³⁰

Asimismo, aclara que ese profesional en esas condiciones, no puede cartular, ni realizar actos extraprotocolares para terceros o externos.

1. Fundamento de la posición anterior

Esta posición es fundamentada en que según indica la sentencia, el abogado funcionario público, con dedicación exclusiva contratado solamente como abogado, no puede aislar la fe pública y es probable que comprometa la función notarial:

"no puede alegarse que el contrato de dedicación exclusiva inhibe exclusivamente el ejercicio de la abogacía, por ser esa la profesión para la que fueron contratados, al exigírseles -únicamente- el título de licenciados en derecho, y no el de notarios públicos, tanto la doctrina como la normativa que regula esta materia, son claras en señalar que el objetivo es que el empleado público se dedique "en exclusivo" a los fines e intereses del Estado, para lo cual se inhibe el ejercicio privado o liberal

¹³⁰ Ibid.

de todas las profesiones que ostente el servidor en relación con las funciones que tenga encomendadas y que puedan crea un conflicto de intereses (los de la Administración y los de los clientes), **motivo por al suscribirse un contrato de dedicación exclusiva no puede distinguirse entre el ejercicio de la abogacía y el notariado, pues no se puede aislar y limitar la fe pública habilitada al notario, toda vez que la decisión es voluntaria, pudiendo comprometer la función notarial a un tiempo y espacio que no lo permite.** Como lo indica su denominación, su decisión define una dedicación especial al correcto funcionamiento del aparato público" ¹³¹

2. Obligación de cese a su ejercicio notarial liberal

Por lo tanto este funcionario público, en estas condiciones, deberá cesar en su función notarial ejercida en forma privada o liberal, así se indica, en lo que interesa:

"Es así como el profesional que esté bajo el régimen de dedicación exclusiva deberá cesar en sus funciones notariales -cartulación, actos extraprotocolares-".¹³² (Lo destacado es del original)

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid.

**a. Excepción al cese del ejercicio
notarial liberal**

No obstante lo anterior, hace la excepción que si ese funcionario público es contratado únicamente como abogado, y no tiene la compensación económica de dedicación exclusiva, ni una prohibición expresa de la normativa interna de la institución pública para la que trabaja que le prohíba el ejercicio del notariado, sí puede, entonces, ejercer el notariado externamente, en forma liberal.

*"En este sentido, la dedicación exclusiva, cualquier sobresueldo o compensación económica que se formule como un pago adicional al salario del profesional bajo ese régimen sí constituye un obstáculo para el ejercicio de la función notarial; por lo que bien puede concluirse que este impedimento sólo se excluye a quien no perciba una dedicación exclusiva o prohibición de ninguna clase".*¹³³ (Lo destacado es del original, lo subrayado no es del original).

Asimismo, nuestra Sala Constitucional aclara que, aunque por su única función de abogado se haya acogido a la dedicación exclusiva, podrá notariar únicamente para su patrono (institución pública), siempre y cuando no cobre honorarios notariales al mismo.

¹³³ Ibid.

"...Una de tales excepciones se refiere a los empleados públicos que ejercen la función notarial en actos donde la Administración sea parte, siempre que no cobren honorarios por dicho concepto".
 134

Reitera que existen dos excepciones a la regla general que imposibilita el ejercicio del notariado para los funcionarios públicos, remitiéndose a los artículos 5, inciso d) y 7, inciso b) del C.N., los cuales indican textualmente lo que sigue:

La del artículo 5, inciso d):

"Artículo 5.- Excepciones

Se exceptúan de la prohibición contenida en el inciso f) del artículo anterior:

- a) (...)
- b) (...)
- c) (...)
- d) Los funcionarios de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, las instituciones públicas y municipalidades, contratados a plazo fijo, excluidos del Régimen de Servicio Civil y que no gocen de sobresuelo ni compensación económica de ninguna clase por prohibición o dedicación exclusiva, siempre que no exista superposición horaria ni disposición en contrario, en la legislación reguladora del órgano o institución donde se presten los servicios." (Lo destacado no es del original)

¹³⁴ Sala Constitucional, sentencia n°. 0418-2000 de las 15:17 horas del 17 de enero de 2001.

La del artículo 7, inciso b):

"Artículo 7.- Prohibiciones

Prohibase al notario público:

a) (...)

b) Autorizar en la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas, de las cuales reciba salario o dieta, actos o contratos jurídicos donde aparezcan como parte sus patronos o empresas subsidiarias. **No obstante, podrá autorizarlos siempre que no cobre honorarios por este concepto.** Sin embargo, los notarios en régimen de empleo público podrán cobrar los honorarios correspondientes a los particulares, en los casos de formalización de escrituras relacionadas con los fondos de ahorro y préstamo que funcionen adscritos a cada institución, y no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal."

De lo expuesto en esta normativa, la Sala se fundamenta para interpretar, lo que es evidente, de la relación de ambas excepciones, de la siguiente manera:

"IV....En el caso en estudio, los recurrentes se encuentran protegidos por dicha norma, en el sentido de que si no se les prohíbe en el Instituto Costarricense de Electricidad ejercer el notariado (ver artículo 4° inciso f) y 5° inciso d) del C.N.), lo pueden hacer externamente, e incluso si su cargo les impone el deber de realizar actos notariales en que su patrono sea parte, no están impedidos para ello, siempre que no cobren honorarios por dicha labor."¹³⁵

Así lo reitera la Sala Constitucional, en un posterior fallo, al indicar:

¹³⁵ Sala Constitucional, sentencia n°. 1483-2000 de las 15::30 horas del 21 de febrero de 2001.

"V.- A la luz de la anteriores consideraciones procede analizar los artículos 7 inciso b) y 8 párrafo segundo del C.N., objeto de impugnación en este proceso. El primero de ellos prohíbe al Notario autorizar en la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas de las cuales reciba salario o dieta, actos o contratos jurídicos donde aparezcan como parte sus patronos o empresas subsidiarias, y contempla una suerte de habilitación, permitiéndole a quien esté en estas circunstancias ejercer la función notarial en dos supuestos: a) si no cobra honorarios y, b) si se trata de formalización de escrituras relacionadas con los fondos de ahorro y préstamo que funcionen adscritos a cada institución, y no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal. El artículo 8, cuyo párrafo segundo también se cuestiona en la acción, reitera la disposición anterior, señalando que si los actos o contratos jurídicos en que sean parte el Estado, sus empresas, las instituciones autónomas y semiautónomas son autorizadas por notarios que devenguen salario, dieta u otra remuneración de la institución respectiva, quien los autoriza no podrá cobrar honorarios profesionales al Estado ni a terceros. Tal y como se indicó supra, cuando se analizó el artículo 4 inciso f) del C.N., la Sala estima que las prohibiciones contenidas en las normas impugnadas no infringen las normas y principios contenidos en los artículos 33 y 56 de la C.P.. Constituyen restricciones razonables al ejercicio de la función notarial ya que si uno de los comparecientes es el patrono del Notario, su imparcialidad podría verse comprometida, en detrimento del servicio que debe prestar al otro. Asimismo encuentra la Sala que la restricción es proporcionada para obtener el fin buscado por el legislador, la imparcialidad y objetividad del Notario en el ejercicio de su función".¹³⁶

ii. Formas de contratación de servicios de abogado y de notario conjuntamente en un solo servidor

En contraposición con lo anterior, dicha sentencia aclara que la Administración Pública está facultada para la contratación

¹³⁶ Sala Constitucional, resolución n°.04258-2000 de las dieciséis horas con treinta minutos del diecisiete de mayo de 2000.

de servicios profesionales de abogado y notario, en forma conjunta, por dos vías:

"Es importe recordar que la contratación de servicios profesionales de abogado y notario puede realizarla la Administración Pública por dos vías: como servidores de la institución mediante un contrato laboral cuya remuneración será un salario, y una compensación económica si se firma el contrato de dedicación exclusiva -supuesto que es el que interesa en esta acción-; y la contratación de profesionales en derecho -abogados y notarios- para que presten estos servicios en forma externa, mediante un contrato administrativo de servicios profesionales".

¹³⁷

1. Como servidores de la institución, por relación laboral

Al respecto, la Sala Constitucional describe el procedimiento que debe seguir una entidad pública, etc., para obtener los servicios de un profesional en derecho como abogado y como notario a la vez, para lo cual establece los siguientes parámetros que no puede desaplicar, como siguen:

¹³⁷ Sala Constitucional sentencia n°. 444-2000, de las 16:51 horas de 12 de enero de 2000.

a. Del contrato de trabajo

1- Debe confeccionarse un contrato laboral en el que se especifique muy claramente las funciones contratadas con el profesional, para que dentro del cual, sea en funciones de abogado o de notario, o bien ambas, se indiquen, como por ejemplo, en forma general, las siguientes:

- Confeccionar y redactar contratos,
- Autenticar firmas,
- Representar los intereses institucionales en juicios,
- Cartular y realizar estudios de registro, entre otros, actos extraprotocolares, por ejemplo: Certificación notariales, etc.),

Lo anterior es expuesto por nuestra Sala, como sigue:

*"Nótese que si el profesional fue contratado en su condición de abogado y notario, le corresponde la confección y redacción de contratos, autenticación de firmas, la representación de los intereses o causas de la institución para la que labora en los tribunales de justicia, la cartulación, estudios de registro, etc.; funciones en la que está implícitamente la de dar asesoría en el campo de su especialidad, es decir, a brindar el consejo técnico que se le solicite".*¹³⁸

¹³⁸ Ibid.

Por esto, es de gran importancia que se establezcan las funciones contratadas al funcionario, a fin de determinar el pago correspondiente de ellas.

*"...por ello es necesario que el contenido de las obligaciones que asume el servidor contratado estén claramente especificadas, sea en el contrato laboral o en el manual descriptivo de puestos. (En este mismo sentido se ha manifestado la C.G.R. (en oficios número 2328-93 y 5865-95, y la P.G.R. en los dictámenes número C-13-89, C-83-91 y C-112-93))."*¹³⁹

b. Constitución de la relación laboral

Lo anterior trae como consecuencia la constitución de una relación laboral, así reconocida y avalada por la Sala Constitucional, al indicar:

"En el primer supuesto, se crea una relación laboral, de subordinación del profesional a la institución, la cual es retribuida mediante el pago de un estipendio de naturaleza salarial establecido de previo, el cual no permite al servidor de ninguna otra remuneración por los servicios que presta".¹⁴⁰ (Lo destacado no es del original)

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid.

**c. Del salario fijo como forma de
retribución**

La relación laboral trae como efecto, y como elemento identificador, la retribución de labores o servicios únicamente por un salario fijo, lo que reconoce y avala nuestra Sala Constitucional, de la siguiente manera:

"La remuneración que reciben estos profesionales por sus servicios es un salario, que se desprende de la relación laboral existente entre el abogado-notario y la Administración".¹⁴¹

Puede estar compensada económicamente con un sobresueldo de dedicación exclusiva:

***"Es importante recordar que la contratación de servicios profesionales de abogado y notario puede realizarla la Administración Pública por dos vías: como servidores de la institución mediante un contrato laboral cuya remuneración será un salario, y una compensación económica si se firma el contrato de dedicación exclusiva -supuesto que es el que interesa en esta acción-;"**¹⁴²* (Lo destacado en letra en negrita es del original, pero lo subrayado no es del original)

Esto es reiterado por nuestra Sala Constitucional como sigue:

"Si ya se estableció que los abogados de planta de las instituciones públicas no pueden cobrar honorarios por servicios notariales, con mayor razón se puede afirmar que lo que, al

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Ibid.

amparo de las normas que se cuestionan, cobraran por labores notariales para la institución no forma parte de su salario para efectos del cálculo de prestaciones y por ello la disposición que se ataca no es inconstitucional". ¹⁴³

**d. De la prohibición de notariar para
persona externa o en forma liberal**

Esta relación laboral, contempla la posibilidad del ejercicio notarial, únicamente para la administración pública a la que brinda el servicio de abogado y notario, de lo que se desprende que:

- No se le permite el notariado externo (para particulares).

"V.- De conformidad con las sentencias transcritas, lo que se encuentra totalmente vedado a los abogados-notarios sujetos a los regímenes de prohibición o dedicación exclusiva es el ejercicio externo del notariado. Así, los "notarios de planta" no pueden realizar actos notariales para particulares, en otros términos, se encuentran inhibidos de ejercer liberalmente su profesión". ¹⁴⁴
(Lo destacado no es del original)

¹⁴³ Ver sentencia n°. 2001-02446 de la sala Constitucional de las 15:38 del 27 de marzo del 2001, que reitera sentencia n°. 444-2000, de las 16:51 horas de 12 de enero de 2000.

¹⁴⁴ Sala Constitucional, sentencia n°. 418-2000, de las 15:17 horas de 16 de enero de 2001.

- No pueden cobrar honorarios por sus servicios.

"Es por ello que para estos abogados -los de planta-, resulta impropio el cobro de honorarios por los procesos judiciales que deban atender, toda vez que estas tareas no generan absolutamente ningún derecho al cobro de honorarios a favor de los abogados que sean funcionarios de la entidad, ya que las mismas ya son retribuidas en su salario; si se les pagaran estos honorarios, estos profesionales estarían percibiendo un salario y honorarios profesionales por el mismo trabajo para el que fueron contratados, lo cual a todas luces es impropio e ilógico. Cabe concluir entonces, que independientemente de la denominación que se utilice en el manual descriptivo -sea como asesor o como abogado, o notario-, si el puesto tiene como parte de sus funciones la de atender la tramitación de los procesos tanto ejecutivos como ordinarios en lo que figure la institución pública para la que labora, la redacción de escrituras públicas, formalización de créditos, realización de estudios registrales y demás actos jurídicos en los que participe la institución en la y los actos institución pública para la que laboran, es evidente que el profesional no podría percibir los honorarios, pues esos servicios profesionales se entienden remunerados con el salario; por ello es necesario que el contenido de las obligaciones que asume el servidor contratado estén claramente especificadas, sea en el contrato laboral o en el manual descriptivo de puestos".¹⁴⁵
(Lo destacado no es del original)

Lo anterior con la salvedad a que se refiere el C.N.¹⁴⁶, de lo que es reconocido y avalado por la Sala Constitucional.

¹⁴⁵ Sala Constitucional, sentencia n°. 444-2000, de las 16:51 horas de 12 de enero de 2000.

¹⁴⁶ La del artículo 7, inciso b):

"Artículo 7.- Prohibiciones
Prohíbese al notario público:
a)...

b) Autorizar en la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas, de las cuales reciba salario o dieta, actos o contratos jurídicos donde aparezcan como parte sus patronos o empresas subsidiarias. **No obstante, podrá autorizarlos siempre que no cobre honorarios por este concepto.** Sin embargo, los notarios en régimen de empleo público podrán cobrar los honorarios correspondientes a los particulares, en los casos de formalización de escrituras relacionadas con los fondos de ahorro y préstamo que funcionen adscritos a cada institución, y no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal." (Lo destacado no es del original).

"IV Por otra parte, se les prohíbe el cobro de honorarios por la prestación de sus servicios profesionales -salvedad hecha de las excepciones contempladas en el C.N.- con la finalidad de asegurar la imparcialidad de la función pública y de evitar los posibles conflictos de interés".¹⁴⁷ (Lo destacado no es del original)

Esta situación convierte a los profesionales que ejercen la abogacía y el notariado en forma exclusiva para la Administración Pública, en una necesidad práctica, para la sana administración pública a fin de brindar mejor los servicios que cotidianamente y, en forma ininterrumpida, esta debe realizar.

Este ejercicio debe equipararse precisamente a la facultad que tiene el notario del Estado, puesto que, para nadie es un secreto, que el funcionario público asignado como notario del Estado también realiza actos propios de la profesión de abogado al emitir criterios jurídicos en materia notarial, como es el caso del Dictamen C- 035-2001, de la notaria del Estado Gladys Herrera Raben¹⁴⁸

¹⁴⁷ Sala Constitucional, sentencia n°. 1483-2000 de las 15:30 horas del 21 de febrero de 2001.

¹⁴⁸ Ver dictamen de P.G.R. n°. 111-2001 de 13 de agosto de 2001.

De lo antes dispuesto, la Procuraduría¹⁴⁹, al analizar el espíritu de creación del Artículo 7, inciso b, del nuevo C.N., considera:

"En ese sentido, se logra extraer de las actas de la Asamblea Legislativa en torno al punto en discusión, así:

"...tan es así la buena fe de la comisión redactora, que por ejemplo, en el artículo 9 establecemos la posibilidad de que el Estado, las instituciones descentralizadas y las empresas públicas tituladas como sociedades anónimas puedan nombrar notarios a sueldo fijo. Nos evitamos de esa forma los notarios externos, por decirlo así, del Sistema Bancario Nacional. Eso a quién va a beneficiar?. Al cliente del banco, al cliente de la institución. Los notarios de las instituciones del Estado por lo general han abusado en las funciones de sus cargos, nos hemos encontrado instituciones en donde los notarios de la institución o el departamento legal obliga a protocolizar el acto de una adjudicación de una licitación, y cobra honorarios sobre el monto de la adjudicación, y eso no tiene ninguna razón de ser, ningún sentido. La intención de nosotros en esta disposición es que el Banco Nacional tenga un cuerpo de cincuenta notarios a sueldo fijo, así el cliente no paga honorarios de notario..."¹⁵⁰

Consecuentemente, del nuevo C.N. y reiterado por la Sala Constitucional, se logra extraer, con precisión, que todo servidor común y corriente de la Administración Pública, aun en aquellos supuestos contratados como notarios, con la modalidad de un nombramiento usual, no pueden devengar, por

¹⁴⁹ Dictamen n°. C-232-98 de 4 de Octubre de 1998, ratificado por OJ-088-99 de 11 de enero de 1999.

¹⁵⁰ Expediente Legislativo n°. 10.102 , folios 124 y 125

la prestación de sus servicios ordinarios, otra retribución que no sea el salario o dieta, e indica:

"IV ...La remuneración que reciben estos profesionales por sus servicios es su salario, incluidos todos aquellos montos que reciban por concepto de prohibición o dedicación exclusiva, que se desprenden de la relación laboral existente entre el abogado-notario y la Administración"¹⁵¹.

Así lo contiene el párrafo tercero del artículo 49¹⁵² de la Ley de la Administración Financiera de la República¹⁵³.

2. Como servidores de la institución, por servicios profesionales externos

Respecto de la inconveniencia de instaurar el notariado externo en el sector público a sueldo fijo, en opinión jurídica, sobre el Proyecto de Ley de Reforma a varios

¹⁵¹ Sentencia de la Sala constitucional n°. 2000-418 de las 15:17 del 16 de enero de 2001.

¹⁵² Artículo 49 de la Ley de la Administración Financiera de la República:
 (...)
 "Aparte de los sueldos o dietas devengados no podrá autorizarse, por planillas ni por otro medio, pago alguno a favor de los funcionarios o empleados como retribución por los servicios ordinarios prestados."
 (...)

¹⁵³ Ley n°. 1279 de 2 de mayo de 1951 y sus reformas.

artículos del C.N., la Procuraduría se pronuncia indicando lo siguiente:

"ARTICULO 5°. Excepciones.

Se adiciona. En efecto se incluye un párrafo final en el se permite a la Administración Pública contratar los servicios de "notarios externos", mediante una retribución fija sin constituir una relación deservicio. En las actas del C.N. (expediente 10102, folios 124y 125), se advierte claramente la intención de eliminar el notariado externo y que no se pueda devengar por la prestación de los servicios otra retribución que no sea el salario. Consecuentemente y desde un punto de vista estrictamente laboral, resulta inadmisibles que el servicio notarial externo se cubra mediante una retribución fija o salario sin constituir una relación de servicio.

Siendo así, por las razones apuntadas estimamos inconveniente que se instaure nuevamente el notariado externo en el sector público"¹⁵⁴.

No obstante, esta posición fue superada por la sentencia 00444-2000 de la Sala Constitucional, la cual indica:

"Es importe recordar que la contratación de servicios profesionales de abogado y notario puede realizarla la Administración Pública por dos vías: como servidores de la institución mediante un contrato laboral cuya remuneración será un salario, y una compensación económica si se firma el contrato de dedicación exclusiva -supuesto que es el que interesa en esta acción-; y la contratación de profesionales en derecho -abogados y notarios- para que presten estos servicios en forma externa, mediante un contrato administrativo de servicios profesionales. En el primer supuesto, se crea una relación laboral, de subordinación del profesional a la institución, la cual es retribuida mediante el pago de un estipendio de naturaleza salarial establecido de previo, el cual no permite al servidor de

¹⁵⁴ Opinión Jurídica n°. OJ-014 del 27 de enero de 1999, reiterada por OJ-016-99 de 14 de febrero de 1999.

ninguna otra remuneración por los servicios que presta". ¹⁵⁵ (Lo escrito en letra negrita si es del original, pero lo subrayado no).

En relación con este tipo de contratación, se desprenden ciertos elementos de importancia de destacar, de conformidad con la interpretación:

a. Del contrato de trabajo

Es oportuno realizar un contrato, el cual se debe regir por las disposiciones de la C.G.R. en la contratación de servicios profesionales, y además conforme con las reglas del concurso de antecedentes.

i. De la legislación que autoriza el contrato a salario fijo del abogado-notario

En otro orden de ideas, con la puesta en vigencia de la Ley de la Contratación Administrativa ¹⁵⁶, el Estado es claro respecto de la facultad de contratar los servicios

¹⁵⁵ Sala Constitucional, sentencia n°. 444-2000, de las 16:51 horas de 12 de enero de 2000.

profesionales de un notario a sueldo fijo, según lo podemos notar en el numeral 67 de ese cuerpo legislativo, cuando establece:

"Artículo 67.- Servicios profesionales con sueldo fijo:

Se autoriza a las entidades públicas para que, utilizando su régimen ordinario de nombramiento de funcionarios, contraten, a sueldo fijo, a los profesionales que requieran para formalizar las operaciones, los avalúos, los peritajes, la atención de diligencias judiciales, o administrativas o cualquier otro tipo de intervención profesional relacionada con los servicios que brindan." Para esos efectos, no operará el pago que rija por concepto de honorarios para la prestación de la actividad. La institución no trasladará el costo de la contratación de esos profesionales al usuario de los servicios; pero sí deberá cobrar los demás costos implícitos, cuando deba inscribirse el documento respectivo o se requiera pagar algún tipo de tributo."

En ese contexto legal, el artículo 69.2 de su Reglamento¹⁵⁷ prescribe:

"Naturaleza.- La contratación de servicios técnicos o profesionales no originará relación de empleo público entre la Administración y el contratista, y deberá remunerarse conforme las respectivas tarifas, cuando los servicios se encuentren regulados por aranceles obligatorios, salvo si la contratación se celebra en los términos de los numerales 69.5 y 69.6, en cuyo caso los profesionales o técnicos quedan sujetos a una relación de empleo público remunerada con sueldo fijo."

¹⁵⁶ Ley No. 7494 de 2 de mayo de 1995, y sus reformas.

¹⁵⁷ Decreto Ejecutivo n°. 25038-H de 6 de marzo de 1996.

Respecto de lo anterior, la P.G.R trae a colación en un dictamen lo siguiente:

"Pese a la apertura legal del entero numeral de cita, debe tener presente la Administración, lo dispuesto en el inciso a) del artículo 7 transcrito, en tanto esos funcionarios, no podrían atender los asuntos notariales particulares en las oficinas de la Administración Pública, pues lógicamente de hacerlo, se incurriría en el descuido y abandono de sus tareas públicas, y por ende, se harían acreedores del respectivo régimen disciplinario"¹⁵⁸.

Asimismo, mediante directriz de la Autoridad Presupuestaria para la Administración Pública que corresponde, indicó:

"Por oficio número STAP-2485-98 del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, la Directora Ejecutiva de la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria comunica al Presidente Ejecutivo del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, en lo conducente:

"Para su conocimiento y fines consiguientes, se transcribe acuerdo firme número 5329 tomado por la Autoridad Presupuestaria en sesión ordinaria número 22-98 celebrada el día 03 de diciembre de 1998.

"... todas las entidades y empresas públicas supeditadas al ámbito de la Autoridad Presupuestaria, se ajustarán al nuevo C.N. y tomarán en cuenta el dictamen C-232-98 citado" (folios 137 y 138)".¹⁵⁹

¹⁵⁸ Dictamen C-232-98 de 4 de octubre de 1998, ratificado por OJ-088-99 de 11 de enero de 1999.

¹⁵⁹ Sentencia de la Sala Constitucional, n°. 6745-2000 de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del cuatro de agosto de 2000.

b. De la relación que se establece

Es únicamente una relación de servicios profesionales a plazo fijo, ya que en el contrato deberá establecerse la anuencia en caso de prórrogas o la finalización total al vencimiento del contrato.

Al respecto el artículo 69.2 del Reglamento¹⁶⁰ de la Ley¹⁶¹ de Contratación Administrativa, expresa en lo que interesa:

"Naturaleza.- La contratación de servicios técnicos o profesionales no originará relación de empleo público entre la Administración y el contratista, y deberá remunerarse conforme las respectivas tarifas, cuando los servicios se encuentren regulados por aranceles obligatorios..." (Lo destacado no es del original)

c. De la remuneración por el servicio

Retomando la normativa anterior, respecto del artículo 69.2 del Reglamento¹⁶² de la Ley¹⁶³ de Contratación Administrativa, se expresa:

¹⁶⁰ Decreto Ejecutivo n°. 25038-H de 6 de marzo de 1996.

¹⁶¹ Ley n°. 7494 de 2 de mayo de 1995 y sus reformas.

"Naturaleza.- La contratación de servicios técnicos o profesionales no originará relación de empleo público entre la Administración y el contratista, y deberá remunerarse conforme las respectivas tarifas, cuando los servicios se encuentren regulados por aranceles obligatorios..." (Lo destacado no es del original)

**d. De la posibilidad de notariar
liberalmente**

De conformidad con el artículo 5, inciso d), del C.N., que textualmente dice:

"Artículo 5.- Excepciones

Se exceptúan de la prohibición contenida en el inciso f) del artículo anterior:

- a) (...)
- b) (...)
- c) (...)
- d) Los funcionarios de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, las instituciones públicas y municipalidades, contratados a plazo fijo, excluidos del Régimen de Servicio Civil y que no gocen de sobresueldo ni compensación económica de ninguna clase por prohibición o dedicación exclusiva, siempre que no exista superposición horaria ni disposición en contrario, en la legislación reguladora del órgano o institución donde se presten los servicios."

¹⁶² Decreto Ejecutivo n°. 25038-H de 6 de marzo de 1996.

¹⁶³ Ley n°. 7494 de 2 de mayo de 1995 y sus reformas.

Los notarios contratados por servicios profesionales o por contrato externo de servicios, sí podrían notariar libremente, por cuanto se encuentran regulados dentro de las excepciones que indica el artículo anterior, precisamente por constituirse en profesionales contratados a plazo fijo, que no gozan de ninguna compensación económica ni salario.

2. Justificación de los impedimentos al ejercicio del notariado para el funcionario público

Con respecto a los impedimentos al ejercicio liberal de la profesión, impuestos para el abogado, o abogado-notario, en el ejercicio del notariado, indica la Sala que:

*"Se repite, todas estas disposiciones, tienen un hondo contenido ético y moral, que en este punto está en estrecha relación con el principio de la sana administración de los fondos públicos".*¹⁶⁴

Así lo reitera la Sala Constitucional al expresar:

"De lo expuesto en la sentencia transcrita se concluye que imponer a los funcionarios públicos limitaciones en cuanto al ejercicio de la función notarial y el cobro de honorarios

¹⁶⁴ Sala Constitucional, sentencia n°. 444-2000, de las 16:51 horas de 12 de enero de 2000.

profesionales por concepto de éste ejercicio, es conforme al Derecho de la Constitución” ¹⁶⁵

3. POSICIÓN CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS ADQUIRIDOS

A raíz de las relaciones de los funcionarios públicos que ejercían el notariado en forma liberal, por las cuales devengaban honorarios creadas en vigencia de la anterior Ley Orgánica del Notariado, se hace necesario establecer la posición que ha tenido la jurisprudencia constitucional respecto de los derechos adquiridos, situaciones jurídicas consolidadas y el principio de irretroactividad de la ley, al entrar en vigencia el nuevo C.N., sobre casos concretos.

Al respecto, nuestra jurisprudencia ha indicado.

"El principio de igualdad, contenido en el artículo 33 de la C.P., no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que puedan existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo 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

¹⁶⁵ Sala Constitucional, sentencia n°. 06745-2000 de las 08:45 del 4 de agosto de 2000.

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. (sentencia número 1770-94, de 9:18 horas del 15 de abril de 1994.)"

Asimismo, otra jurisprudencia indica:

"... pues es evidente la existencia de relaciones jurídicas nacidas antes de la vigencia del nuevo C.N., amén del principio de que nadie, ni incluso el mismo Estado tiene derecho a la inmutabilidad de las fuentes normativas, toda vez que, el ordenamiento jurídico debe adaptarse permanentemente a los vaivenes socio-económicos y políticos que surgen en toda sociedad civilizada, tal y como lo tutela el artículo 4 de la L.G.A.P. cuando dispone que

"La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen, y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios."

Para conciliar la anterior premisa, existe en nuestro medio, el principio de la irretroactividad de la ley, que no prohíbe irrestrictamente la retroactividad, si no que, como lo señala la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con la teoría constitucional francesa de los derechos y situaciones jurídicas consolidadas "no es, que el Estado y sus instituciones puedan aplicar válidamente hacia atrás normas posteriores para resolver situaciones posteriores como una forma de prepotencia que no conviene a los intereses de los administrados, sino que, en virtud de la certeza que justifica todo el ordenamiento, las relaciones se deciden conforme a las reglas vigentes cuando se dieron esos vínculos. De lo contrario se desnaturalizaría la esencia de lo jurídico, que en un último término es un saber a qué atenerse en las relaciones que ocurren entre los administrados y el Poder Público. Lo vedado no es entonces la retroactividad en sí misma, sino la retroactividad perjudicial, porque causa daño irreparable en razón de que va contra la certeza. Así, la citada disposición constitucional dice que a ninguna "ley", entendida como "norma", se le dará efecto

retroactivo perjudicial, lo que permite concluir que sí cabe la retroacción beneficiosa."¹⁶⁶

Por consiguiente, de ningún modo debe entenderse que el Derecho resulta ser inmutable a las necesidades reales de una sociedad, todo lo contrario, debe acomodarse diariamente a ella, solo que, en virtud de aquella norma mayor y la seguridad jurídica, la puesta en vigencia de la nueva norma tiene su ámbito limitativo cuando existen derechos o situaciones consolidadas, al amparo de la anterior disposición.

Numerosos pronunciamientos de la Sala Constitucional atestiguan sobre la vigencia e importancia de la garantía de la irretroactividad de la ley, (donde "ley" debe entenderse, en su sentido genérico, como referido a las normas jurídicas en general: sentencia n°. 473-94). Por ejemplo, en resolución n°. 1879-94 de las 17:30 horas del 20 de abril de 1994 (reiterando lo que previamente se había dispuesto en sentencia n°. 1147-90 de las 16:00 horas del 21 de septiembre de 1990), se expresó:

¹⁶⁶ Ver Voto n°. 259-91 de las 16:30 horas del 1 de febrero de 1991.

"... el principio de irretroactividad, al igual que los demás relativos a los derechos o libertades fundamentales, no es tan solo formal, sino también y sobre todo material, de modo que resulta violado, no solo cuando una nueva norma o la reforma de una anterior altera ilegítimamente derechos adquiridos o situaciones consolidadas al amparo de la dicha norma anterior, sino también cuando los efectos, la interpretación o la aplicación de esta última produce un perjuicio irrazonable o desproporcionado al titular del derecho o situación que ella misma consagra."

Del mismo modo, la sentencia n° 1119-90 de las 14:00 horas.
del 18 de septiembre de 1990 sostuvo:

"Una situación jurídica puede consolidarse -lo ha dicho antes la Corte Plena- con una sentencia judicial que declare o reconozca un derecho controvertido, y también al amparo de una norma de ley que establezca o garantice determinadas consecuencias que una ley posterior no puede desconocer sin incurrir en vicio de inconstitucionalidad por infracción del artículo 34 de la Constitución."

En posterior fallo, también, se indica:

"Los conceptos de 'derecho adquirido' y 'situación jurídica consolidada' aparecen estrechamente relacionados en la doctrina constitucionalista. Es dable afirmar que, en términos generales, el primero denota a aquella circunstancia consumada en la que una cosa -material o inmaterial, trátase de un bien previamente ajeno o de un derecho antes inexistente- ha ingresado en (o incidido sobre) la esfera patrimonial de la persona, de manera que ésta experimenta una ventaja o beneficio constatable. Por su parte, la 'situación jurídica consolidada' representa no tanto un plus patrimonial, sino un estado de cosas definido plenamente en cuanto a sus características jurídicas y a sus efectos, aun cuando éstos no se hayan extinguido aún. Lo relevante en cuanto a la situación jurídica consolidada, precisamente, no es que esos efectos todavía perduren o no, sino que -por virtud de mandato legal o de una sentencia que así lo haya declarado- haya surgido ya a la vida jurídica una regla, clara y definida, que conecta a un presupuesto fáctico (hecho condicionante) con una consecuencia dada (efecto condicionado). Desde esta óptica, la situación de la

persona viene dada por una proposición lógica del tipo «si..., entonces...»; vale decir: si se ha dado el hecho condicionante, entonces la 'situación jurídica consolidada' implica que, necesariamente, deberá darse también el efecto condicionado. En ambos casos (derecho adquirido o situación jurídica consolidada), el ordenamiento protege -tornándola intangible- la situación de quien obtuvo el derecho o disfruta de la situación, por razones de equidad y de certeza jurídica. En este caso, la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley se traduce en la certidumbre de que un cambio en el ordenamiento no puede tener la consecuencia de sustraer el bien o el derecho ya adquirido del patrimonio de la persona, o de provocar que si se había dado el presupuesto fáctico con anterioridad a la reforma legal, ya no surja la consecuencia (provechosa, se entiende) que el interesado esperaba de la situación jurídica consolidada. Ahora bien, específicamente en punto a ésta última, se ha entendido también que nadie tiene un 'derecho a la inmutabilidad del ordenamiento', es decir, a que las reglas nunca cambien. Por eso, el precepto constitucional no consiste en que, una vez nacida a la vida jurídica, la regla que conecta el hecho con el efecto no pueda ser modificada o incluso suprimida por una norma posterior; lo que significa es que -como se explicó- si se ha producido el supuesto condicionante, una reforma legal que cambie o elimine la regla no podrá tener la virtud de impedir que surja el efecto condicionado que se esperaba bajo el imperio de la norma anterior. Esto es así porque, se dijo, lo relevante es que el estado de cosas de que gozaba la persona ya estaba definido en cuanto a sus elementos y a sus efectos, aunque éstos todavía se estén produciendo o, incluso, no hayan comenzado a producirse. De este modo, a lo que la persona tiene derecho es a la consecuencia, no a la regla".¹⁶⁷

Otra sentencia expuso:

"En cuanto a este aspecto, conviene indicar que la teoría de los derechos adquiridos surge a raíz de los estudios relacionados con la aplicación de la Ley en el tiempo y, principalmente, con el principio de la irretroactividad de la ley, contemplado en el artículo 34 de nuestra Carta Magna. Dicha teoría, ha dado lugar a una importante y amplia discusión doctrinal, en el Derecho Comparado, de la cual se obtienen diversas definiciones, de lo que puede entenderse como un derecho adquirido. En efecto, la concepción tradicional ha sido la de Merlin, quién indicó que

¹⁶⁷ Sentencia de la Sala Constitucional n°. 2001-07246 de las 09:09 del 27 de julio de 2001, que reitera las sentencias de Sala Constitucional, n°. 2764-97 de las 15:03 horas del 20 de mayo de 1997, y la sentencia n°. 6134-98 de las 17:24 horas del 27 de agosto de 1998, que a su vez reitera criterio de La P.G.R. n°. C-179-99, sentencia n°. 353-2000 del Tribunal de Trabajo sección primera, II Circuito Judicial de las 10:50 horas del 28 de abril de 2000, y resolución 2001-07246 de las 09:09 del 07 de julio del 2001.

"derechos adquiridos son aquellos que han entrado a nuestro patrimonio, que hacen parte de él y que no pueden ser arrebatados por aquél de quién los hubimos". Por su parte, Chabot de L'Allier, lo definió como "aquél que había sido irrevocablemente conferido y definitivamente adquirido antes del hecho, del acto o de la ley que se le pretende oponer para impedir el pleno y entero goce de él". Blondeau, por su parte, funda su teoría en la noción fundamental de "esperanza", derivando de ahí, no sólo la concepción del derecho adquirido, sino también la de expectativa; indicando que, la ley nueva, no puede lesionar los derechos adquiridos. Todas estas definiciones no han estado exentas de críticas, pero nos dan una noción aproximada de lo que ha de entenderse por derecho adquirido. Más adelante, Vergara, en la elaboración de su teoría, manifestó: "Una vez consumada la existencia de los hechos o condiciones a que la ley ha unido el poder de formar o constituir un derecho, éste principia a existir luego con el poder de desarrollarse en lo sucesivo produciendo todos los efectos que habría producido bajo el imperio de la ley que procedió a su formación..." Bajo ese mismo pensamiento, Fiore, conceptuó el derecho adquirido como "aquél que se debe tener por nacido en el ejercicio integralmente realizado o por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor para atribuir dicho derecho, pero que no fue consumado enteramente antes de haber comenzado a estar en vigor la ley nueva." Con mayor claridad, el autor Julián Restrepo Hernández, expuso esta teoría y, al respecto, señaló que, en toda disposición legal, hay un elemento material y otro formal. El primero se refiere al supuesto o hipótesis de hecho, previstos en la norma y, el formal, a la conclusión jurídica surgida como directa consecuencia del acaecimiento de aquellos supuestos e hipótesis fácticos. Verificado el hecho, nacen los efectos jurídicos que la ley le asigna y, que son, precisamente, los derechos adquiridos. De esa manera, las consecuencias de un hecho anterior a la ley nueva, no pueden ser desconocidas ni destruidas por ésta, cuando se hayan producido antes de que entre en vigor la nueva ley o, cuando no hubieren acontecido, se relacionen a su causa, como un resultado necesario y directo. La teoría de Bonnesse, de gran importancia y trascendencia, abandonando la discusión sobre los derechos adquiridos y las meras expectativas; estableció que, la regla de la no retroactividad de las leyes significa, rigurosamente, que una ley nueva no puede vulnerar o atacar una situación jurídica concreta, nacida bajo el imperio de la ley antigua y considerada, tanto en sus efectos pasados y en su existencia, como en sus efectos futuros, tal como los determinaba la ley derogada; entendiendo por situación jurídica, la manera de ser de cada uno, respecto de una regla de derecho o institución jurídica, que se concretiza cuando se pone en funcionamiento la ley. (ZULETA ANGEL, Eduardo. Estudios Jurídicos, Bogotá, Editorial Temis, 1974, pp. 18-71. Respecto del mismo tema, también pueden consultarse las siguientes obras: ARANGO VALENCIA, Jorge. Derechos Adquiridos, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, primera edición, 1983, pp. 25-58; GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, México, Editorial

Porrúa, cuarta edición, 1951, pp. 377-391). En nuestro medio, Rubén Hernández Valle, bajo la misma inteligencia, señala que *"un derecho se adquiere o una situación jurídica se consolida cuando se realiza la situación de hecho prevista por la norma para que se produzcan los efectos que la misma disposición regula."* (El Derecho de la Constitución, Volumen I, San José, Editorial Juricentro, primera edición, 1993, p. 532). Sobre el tema, también resulta de interés, el texto de Carlos M. Coto Albán, incluido en la obra La Jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho, San José, EUNED, Manavella Bertolini y Hubert Fernández, Editores, primera edición, 1996, pp. 407 y siguientes".¹⁶⁸

**a. Posibilidad de eliminar el efecto del derecho
adquirido o la situación jurídica consolidada**

Si bien es cierto, se tiene claridad en el alto valor de lo que se constituye como una situación jurídica consolidada, derecho adquirido e irretroactividad de la ley, para la Procuraduría existe la posibilidad de que ese derecho adquirido u otros, sean eliminados en un futuro, con la indemnización correspondiente al beneficiario, pudiendo así dejar de reconocer esas situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos, como se indica en lo que interesa en el caso concreto lo siguiente:

"Evidentemente, por la forma como se dio y se concertó esa labor notarial, se contrajeron deberes y obligaciones entre el funcionario y el INVU, traduciéndose en una sola relación de

¹⁶⁸ Sentencia n°. 0028-2001 de las 15:20 horas del 10-01-2001 de la Sala Constitucional.

trabajo la labor de abogacía y la de notariado. En tal sentido, es conteste la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia cuando al resolver la competencia surgida en un juicio ordinario establecido ante el entonces citado Juzgado Primero de Trabajo de San José por el grupo de notarios internos¹⁶⁹ que aquí ocupa, estimó:

"V.- Este asunto debe verse como un solo todo y no parcialmente en cuanto a que, el problema se ha suscitado con motivo y con ocasión del trabajo profesional prestado al ente demandado por los actores, todos licenciados en Derecho, debidamente incorporados al Colegio respectivo y autorizados para el ejercicio del notariado, -aspectos ambos -abogacía y notariado- que han ejercido para la Institución simultánea y coetáneamente. Devengan un salario, así - como honorarios de notario, distribuidos según el sistema interno que rige en el ente patronal. Esta Sala sostiene una vez más el criterio de que no puede ni debe distinguirse entre la labor profesional del abogado y del notario, cuando como en el presente caso, se despliega en el tiempo y en el espacio por las mismas personas sujetas a una sola relación pública de servicios; prestación que se realiza para un mismo patrono y por la cual perciben salario y honorarios de abogado y de notario, y ratifica la jurisprudencia existente, de que en el caso del abogado y notario empleado, vinculado con el patrono por una relación de trabajo, como es el caso de los actores, la vía pertinente para discutir las controversias originadas en tal prestación de servicios, es la de trabajo..." (Ver, Resolución No. 88 de las 9:40 horas del 16 de agosto de 1989).

"En uno de los votos del Tribunal Superior de Trabajo,- Sección Segunda -del Segundo Circuito del Poder Judicial, mediante el cual, se discutió un asunto también particular, que podría ayudar

¹⁶⁹

"RESULTANDO: Los actores solicitan se declare en sentencia: Que la prestación de sus servicios como abogados y notarios a la demandada, es una relación única, derivándose de la misma todos los derechos que las leyes laborales otorgan al trabajador; que esa prestación es un derecho adquirido y configura una situación jurídica consolidada, y constituye un plus salarial, que forma parte integral de sus salarios; que se obligue al demandado a acatar el acuerdo de la Junta interventora dada por el artículo II, inciso 2) de la sesión No. 69 de 13 de abril de 1988, vigente a la fecha, en que se les tiene como notarios con vínculo laboral, dejando sin ningún efecto la suspensión que los afecta en sus funciones notariales; que el promedio del plus salarial devengado en los últimos seis meses en la función notarial fue de ciento ochenta y seis mil trescientos veinticuatro colones, cincuenta céntimos por lo que debe el accionante resarcirles como indemnización a cada uno dicha suma desde el momento de la suspensión y hasta la reinstalación de cada uno en el rol general de notariado; que su participación ha sido y es, en todos los roles que estableció y establezca el INVU a nivel nacional, teniendo exclusividad en todos excepto en el rol de Ahorro y Préstamo, que su situación jurídica no puede ser inquietada en forma alguna; que el Invu durante el período en que estuvieron suspendidos, repartió el trabajo notarial honorarios por ocho millones setecientos mil colones suma que por derecho les corresponde como plus salarial o intereses sobre las sumas dichas."(Resolución de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, precitada).

un poco lo que trae este análisis, se subrayó: "...por lo que a juicio de este órgano, de acuerdo a la relación armónica con los supracitados ordinales, sin ninguna limitación la indemnización debió cancelarse sobre el promedio de salarios devengados por los extrabajadores durante los últimos seis meses de la relación laboral y en los cálculos debieron considerarse no sólo las sumas pagadas por concepto de sueldos sino también los honorarios que aunque pagados por terceros constituyen un ingreso adicional e integran el salario..." (Sentencia No. 1152 de las 8:40 horas del 18 de septiembre de 1998, Ordinario laboral establecido contra el Banco Nacional de Costa Rica) No cabe duda de lo explicado hasta aquí, que en virtud del principio de legalidad que rige la entera Administración Pública¹⁷⁰, la situación bajo examen debe solucionarse dentro del ámbito del régimen de empleo público, cuyos principios son distintos y hasta contrapuestos de los que rige al régimen de empleo privado, según lo definido por el Órgano de Control de Constitucionalidad, mediante el Voto No. 1696-92 de las 15:30 horas del 23 de agosto de 1992.

Desde esa óptica jurídica, se tiene que, a partir de la vigencia de la nueva legislación notarial, los notarios internos del mencionado Instituto se encuentran impedidos para continuar cobrando honorarios a las personas que ocupan el servicio ahí prestado, pues esa legislación es clara y precisa al "prohibir al notario público autorizar en la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas, de las cuales reciba salario o dieta, actos o contratos jurídicos donde aparezcan como parte sus patronos o empresas subsidiarias; o bien, si los autoriza no podrían cobrar honorarios", **dejando insubsistente toda aquella clase de norma que así lo permitía.**

Empero, la aplicación de las recién citadas disposiciones legales viene a repercutir negativamente el patrimonio económico que cada uno de ellos obtuvo, durante la prestación de sus servicios notariales con la citada entidad estatal. De ahí que, y según se expuso arriba, dada la forma jurídica como se brindó el servicio de notariado y su compensación económica, entre la institución estatal y los notarios internos, resulta equitativo indemnizar a estos funcionarios, conforme las pautas de la jurisprudencia de cita, tomando en consideración para el cálculo respectivo, el tiempo efectivamente laborado en dicha especialidad, y lo percibido por ese concepto, en los últimos seis meses de la relación de trabajo¹⁷¹. (lo destacado no es del original)

¹⁷⁰ Ver artículos 11 de la C.P. y 11 de la L.G.A.P., por virtud de los cuales, los funcionarios públicos "son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede..." 13 Ley n°. 7494 de 2 de mayo de 1995 y sus reformas; y Decreto Ejecutivo n°. 25038-H de 6 de marzo de 1996 y sus modificaciones.

¹⁷¹ Opinión Jurídica de la P.G.R n°. O.J.-008-99 de 11 de enero de 1999.

A lo anterior se contrapone lo resuelto por la Sala Constitucional, que sí reconoce el nacimiento de derechos subjetivos y situaciones jurídicas consolidadas, en un caso específico, pero por no ser competencia de este órgano constitucional, remite el asunto a la vía de legalidad conforme corresponde y ha dicho:

"De manera que lo que corresponde analizar en el amparo que nos ocupa es si la amenaza de imponer a los accionantes tales limitaciones, contenidas en los artículos 7 y 8 del C.N., resulta violatorio o no de sus derechos y libertades fundamentales. Estiman los accionantes que, de conformidad con lo dispuesto en el Transitorio I del Reglamento de Servicios Notariales del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, los notarios públicos que laboran en el Departamento Legal de la institución gozan de un derecho adquirido en cuanto al ejercicio de la función notarial y el cobro de honorarios profesionales respectivo. Consideran que la posible aplicación de los artículos 7 y 8 del C.N. a su situación jurídica, constituye una amenaza real, cierta y eminente de violación del principio de irretroactividad de la ley. En cuanto a este principio cuya violación reclaman los accionantes, el artículo 34 de la C.P. establece expresamente que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas. De esta forma, se consagra en el texto constitucional vigente el principio de irretroactividad de la ley, que es aplicable no sólo a las leyes propiamente dichas, sino además a los actos con valor de ley, a los reglamentos y a los actos administrativos. Sin embargo, para determinar la existencia de una amenaza de violación del principio de irretroactividad de la ley en perjuicio de los accionantes, corresponde analizar si se verifica a su favor un derecho subjetivo o situación jurídica consolidada, que los excluya de la aplicación de lo dispuesto por los artículos 7 y 8 del C.N.. En este sentido, en sentencia número 04336-98 de las once horas del diecinueve de junio de mil novecientos noventa y ocho la Sala indicó:

"IV.- El último punto a analizar es si en el caso de ellos recurrentes existen derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas... En conclusión, con el amparo no se pretende la tutela de un derecho fundamental, en el sentido propio del concepto, sino el establecimiento de un eventual derecho subjetivo legal,

razón por la cual debe desestimarse el recurso, haciéndose una última observación, en el sentido de que el interesado puede acudir a la jurisdicción ordinaria en defensa de sus intereses si jurídicamente fuera posible, de conformidad con los parámetros que ya esta Sala estableció en el voto número 1692-92".

... procede concluir que la existencia de un derecho subjetivo o situación jurídica consolidada a favor de los accionantes es un asunto cuya determinación excede la naturaleza sumaria de los procedimientos propios de la jurisdicción constitucional de libertad.

(...)

Consecuentemente, la situación Jurídica consolidada de los allí amparados y de los demás notarios que se encuentran en la igualdad de condiciones, tiene reconocimiento Judicial y deberá respetarse en la regulación de las relaciones servidores (notarios) y patrono, en toda su intensidad".¹⁷² (Lo destacado no es del original)

i. Sobre la violación que causan las nuevas disposiciones del C.N. a los derechos adquiridos, situaciones jurídicas consolidadas y la irretroactividad de la ley

La Sala Constitucional considera que en muchos casos que le son presentados a su conocimiento, en contra de la nueva normativa del C.N., se busca el reconocimiento a situaciones jurídicas consolidadas y derechos adquiridos por la vía de la acción de inconstitucionalidad. Esta sala ha estimado que deben ventilarse en la vía de legalidad donde corresponden,

por constituir posibles derechos que nacen a raíz de una relación de trabajo, avalada en algunos casos por resoluciones judiciales o simples acuerdos patronales, debiendo tenerse presente que no es la norma la que violenta estas situaciones, sino que es la aplicación de la misma y la interpretación que se le dé, por lo que ha indicado:

"VII.- Sobre la alegada violación del artículo 34 de la C.P..

Se aduce que los artículos cuestionados del Código de Notariado violan el principio de irretroactividad de la ley pues producen un perjuicio irrazonable y desproporcionado en la esfera jurídica de los accionantes que elimina un derecho adquirido de orden patrimonial. A juicio de la Sala los reparos de los recurrentes tienen que ver con la aplicación de las normas impugnadas y no con la constitucionalidad de la norma misma. En la sentencia N° 7977-99 de las 10:03 horas del 15 de octubre de 1999, al conocer una acción de inconstitucionalidad dirigida entre otras normas, contra el artículo 4 inciso f) del C.N., relacionado con las impugnadas aquí, que establece un impedimento para ejercer el Notariado a quienes ejerzan cargos en dependencias del sector público en las que se les prohíba el ejercicio externo del notariado, la Sala dispuso:

"V.- Como se narró, el alegato de los accionantes en este asunto consiste en denunciar la inconstitucionalidad de los citados artículos del nuevo C.N., sobre la base de que la aplicación a su caso de los impedimentos e incompatibilidades para el ejercicio notarial que allí se establece, violenta el derecho adquirido que estiman tener desde hace varios años para el desempeño de esa actividad profesional. Sin necesidad de ahondar en el examen de las disposiciones impugnadas, es notorio que la gestión -planteada en esos términos- resulta improcedente, por las razones que siguen:

a.- En cuanto al artículo 4, inciso f): El argumento esbozado respecto de esta norma es claramente propio del recurso de amparo y no de la acción de inconstitucionalidad. En efecto, nótese que los gestionantes no reclaman realmente contra el contenido del precepto

¹⁷² Sentencia n°.06745-2000 de la Sala Constitucional de las 08:45 del 4 de agosto de 2000.

concreto (el impedimento que crea), sino contra la aplicación -alegadamente retroactiva- que de él se pretende hacer en su caso. Y esto es así porque, como se ve de su texto, no es la norma misma la que dispone que esa incompatibilidad deba ser aplicada a los notarios que ya ostentaban esa calidad a la fecha de su entrada en vigencia; por el contrario, como ellos mismos lo relatan, es la administración institucional para la que laboran la que así lo ha establecido. Por ende, la retroactividad que acusan -y la consecuente infracción del derecho fundamental a que alude el ordinal 34 de la Constitución- no estaría en la ley sino en el acto de su aplicación. El recurso de amparo contra órganos o servidores públicos es, justamente, el que garantiza los derechos y libertades fundamentales, y procede contra toda disposición, acuerdo o resolución y -en general- contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos. Consecuentemente, no es en esta vía (acción) sino en aquélla (amparo) adonde corresponde dilucidar la disconformidad. Por lo expuesto, este extremo de la demanda resulta inadmisibles y así debe declararse."

Lo dicho en la sentencia resulta plenamente aplicable en el caso en estudio, en que parte de los reparos que se esgrimen respecto a los artículos 7 inciso b) y 8 párrafo segundo se refieren a la aplicación de estas normas a los accionantes, quienes alegan tener un derecho de conformidad con el principio de sobrevivencia del derecho abolido. En consecuencia, respecto a la alegada infracción al numeral 34 de la C.P., la acción debe ser desestimada y debe conocerse este extremo en los recursos de amparo correspondientes". . ¹⁷³

CAPITULO IV

EL SALARIO FIJO, COMO RETRIBUCIÓN, AL EJERCICIO DEL NOTARIADO, PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO, EN RELACIÓN LABORAL, Y EL DERECHO FUNDAMENTAL AL SALARIO JUSTO CONSAGRADO EN NUESTRA C.P.

Teniendo claro que la jurisprudencia asentada por la Sala Constitucional, sobre la interpretación de la legislación notarial, aclara la autorización o permiso para el ejercicio de notariado para los funcionarios públicos, mediante la contratación de abogados-notarios en su doble función, como empleados fijos, en relación laboral, con un horario establecido y una retribución fija y establecida expresamente la prohibición a este funcionario para el ejercicio externo del notariado, nuestra Sala Constitucional avala el ejercer la función notarial que corresponda, únicamente para la misma función pública que desempeña, a lo que se hace necesario, estudiar específicamente las normas que autorizan esta función, como la interpretación de los nuevos principios que rigen la materia para los servidores públicos, y determinar

¹⁷³ Sala Constitucional, sentencia n°. 4258-2000 de las 16:30 horas del 17 de mayo de 2000, que reitera la sentencia de la misma Sala Constitucional n°. 7977-99 de las 10:03 horas del 15 de octubre de 1999.

si la retribución, por el concepto del notariado es acorde con los derechos fundamentales de "**igual salario para igual trabajo**", así como si el principio de Derecho Administrativo que versa sobre la "**equivalencia de las prestaciones**" se está irrespetando o si con la retribución del salario justo por dichas funciones se ajusta a la Constitución.

1- EL EJERCICIO DEL NOTARIADO PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN RELACIÓN LABORAL

a. Fundamento jurídico, para el ejercicio del notariado, al funcionario público

Como quedó claro en el capítulo anterior, de conformidad con la nueva legislación del C.N. y leyes conexas, le es permitido a la Administración Pública contratar los servicios de abogados-notarios, mediante relación laboral, a plazo indeterminado, con un horario establecido, así como mediante una relación laboral, cuya retribución, no es otro pago que el salario fijo.

En la jurisprudencia anteriormente vista, quedó demostrada la necesidad de establecer en el contrato de prestación de los servicios, por relación laboral, las funciones específicas de la persona contratada, la cual, por sus funciones de abogado-notario, recibiría únicamente la retribución de salario, por lo que la profesión de notario es calificada en la actualidad, con la nueva legislación, como aun especialidad, dentro de la profesión de abogado o de la carrera en Derecho. Esta que dicha especialidad merecerá un reconocimiento, como retribución, de un porcentaje específico sobre el salario devengado, como plus salarial, por considerarse este ejercicio notarial como una especialidad.

i. De la fundamentación jurídica que permite a la Administración Pública la contratación de abogados-notarios, mediante relación laboral y retribución fija

1. Normativa legal aplicable

a. Normativa genérica

Debe recordarse que, en forma genérica, el C.N. establece un impedimento absoluto para el ejercicio del notariado, a

aquellos profesionales en Derecho que tengan algún impedimento de los previstos en el artículo 4, que textualmente indica:

"ARTÍCULO 4.- Impedimentos.

Están impedidos para ser notarios públicos:

- a) Las personas con limitaciones físicas o mentales que las inhabiliten para el ejercicio del notariado, salvo que demuestren mediante prueba extendida por la medicatura forense, su aptitud para desempeñar esta función.
- b) **Quienes se encuentren imposibilitados para tener oficina abierta al público.**
- c) Los condenados por delitos contra la propiedad, buena fe, administración de justicia, confianza pública o delitos relativos a la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, No. 7093, de 22 de abril de 1988. Cuando la condena se haya pronunciado en el extranjero, la prueba de la sentencia firme requerirá del exequátur correspondiente. Este impedimento regirá por todo el plazo establecido en la sentencia condenatoria, sin posibilidad de ser disminuido por los beneficios que, de conformidad con la legislación procesal penal, puedan otorgarse al condenado.
- d) Quienes guarden prisión preventiva.
- e) Las personas declaradas en quiebra, concurso civil o interdicción, mientras no sean rehabilitadas.
- f) **Quienes ejerzan cargos en cualquier dependencia del sector público, incluso en las estructuradas según modelos organizacionales del Derecho Privado, en los que se les prohíba el ejercicio externo del notariado.**
- g) Quienes no estén al día en el pago de las cuotas del Fondo de garantía de los notarios públicos, creado en esta ley".
(Todo lo anteriormente destacado, no es del original)

Esta legislación se ha venido sustentando en la normativa que ha regulado esta materia desde sus orígenes, tal y como

consta en los textos de la legislación originaria, que en forma histórica es oportuno resaltar, como bien lo ha hecho nuestra Sala Constitucional, como sigue:

"III.-Ciertamente, en esta acción no se cita el artículo 141 de la L.O.P.J., pero es notable la identidad gramatical que tiene con el artículo 19 impugnado, en lo que se refiere a la incompatibilidad de los funcionarios y empleados del Poder Ejecutivo, Poder Judicial y municipalidades, para ejercer la abogacía, aun cuando sean abogados. Esa identidad se da, especialmente, respecto de la redacción que tuvo el artículo 141 original, según Ley N 8 de 29 de noviembre de 1937. Está claro que este numeral fue modificado para incluir funcionarios de otros órganos o entes públicos, según reforma de Ley N 6024 de 15 de diciembre de 1976, situación que no se repite en la L.O.N., por razones que no podrían expresarse, desde que es campo reservado a la ley y en tales condiciones imposibles de contenerse en esta resolución. Pero, lo anterior significa que hay y ha habido, en esta materia, un deseo de proteger a la función pública. Esto se confirma particularmente con el texto de la primera L.O.N. que tuvo el país, del doce de octubre de mil ochocientos ochenta y siete, que disponía de manera más absoluta y apropiada:"Artículo 23.- El ejercicio del Notariado es incompatible con cualquier otro empleo o cargo público, que exija un servicio diario de tres o más horas. El que aceptare cargo ó empleo de esa clase, cesará en sus funciones de Notario. Cesará también aquél a quien sobrevenga alguno de los impedimentos señalados en¹⁷⁴" (sic)

"V.- No es cierto que la Dirección, al decidir lo antes indicado, esté dándole efectos retroactivos al expresado Código y vulnerado derechos adquiridos al amparo de la legislación anterior, al ejercicio de la función notarial. El impedimento en referencia no es creación del C.N.. Su antecedente se encuentra en la L.O.N. No. 39, de 5 de enero de 1943, la cual contenía, en el mismo sentido, una incompatibilidad entre el ejercicio de la función notarial y el desempeño de un cargo dentro del Poder Ejecutivo y Judicial, así como municipal. El artículo 19 de esa ley, disponía: "Aún cuando sean notarios, no pueden ejercer el notariado los funcionarios y empleados de los Poderes Ejecutivo y Judicial, así como los municipales. Se exceptúan de esta prohibición los profesores de enseñanza, los

¹⁷⁴ Sentencia n°. 649-93 de Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las 14:45 horas del día 9 de febrero de 1993.

magistrados suplentes, los jueces interinos, los alcaldes suplentes e interinos, los fiscales específicos, los municipales y apoderados municipales, y los funcionarios y empleados que no devenguen sueldos sino dietas. El notario que aceptare cargo o empleo incompatible con el ejercicio del notariado, cesará en sus funciones de notario..." Esa disposición estaba complementada con la Ley No. 7111, de 24 de noviembre de 1988, la cual señaló: *"Los funcionarios del poder ejecutivo y del poder legislativo contratados a plazo fijo excluidos del régimen de Servicio civil, que no gocen de ninguna clase de sobresueldo o compensación económica por concepto de prohibición o dedicación exclusiva, quedan excluidos de la prohibición establecida en el artículo 19, párrafo 1°, de la ley No. 39, de 5 de enero de 1943 y sus reformas, siempre y cuando no exista superposición horaria, ni disposición en contrario en la ley orgánica del órgano o institución en la que presten sus servicios."* Como se ve, el legislador, al promulgar el C.N., lo que hizo fue trasladar, en este campo, la normativa anterior".¹⁷⁵

No obstante esa intención de proteger la función pública, que es lo que se ha venido justificando como sustento de la doctrina, ha sido interpretada en forma genérica, sin entrar a analizar las excepciones y la autorización legal existente, para que los funcionarios públicos, puedan ejercer la función notarial, en forma exclusiva, para la Administración Pública, situación que a la luz de nuestra Sala Constitucional, se ha venido a aclarar en la actualidad¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Sentencia n°. 809-2000, de las 10:10 del 6 de setiembre de 2000, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁷⁶ Ver sentencia n°. 444-2000 de las 16:51 horas del 12-01-2000, y Res: 418-2001 de la Sala Constitucional, de las 15:17 del 16 de enero de 2001.

b. Normativa específica

De conformidad con la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494 de 2 de mayo de 1995, reformada por la número 7612 de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis que contiene una disposición con los mismos principios de independencia e imparcialidad de la función pública que rigen las normas de esta materia, dispone:

"Artículo 67.- Servicios profesionales con sueldo fijo.

Se autoriza a las entidades públicas para que, utilizando su régimen ordinario de nombramiento de funcionarios, contraten, con sueldo fijo, a los profesionales que requieran para formalizar las operaciones, los avalúos, los peritajes, la atención de diligencias judiciales o administrativas o cualquier otro tipo de intervención profesional relacionada con los servicios que brindan.

Para esos efectos, no operará el pago que rija por concepto de honorarios para la prestación de la actividad. La institución no trasladará el costo de la contratación de esos profesionales al usuario de los servicios; pero sí deberá cobrar los demás costos implícitos, cuando deba inscribirse el documento respectivo o se requiera pagar algún tipo de tributo."

Asimismo, el nuevo C.N., indica en lo que interesa:

"Artículo 8.- Regulaciones para la Administración Pública.

[. . .]

*Cuando en los actos o contratos jurídicos en que sean parte el Estado, sus empresas, las instituciones autónomas y semiautónomas, **sean autorizados por notarios que devenguen salario**, dieta u otra remuneración de la institución respectiva, quien los autorice no podrá cobrar honorarios profesionales al Estado ni a terceros." (Lo destacado no es del original).*

De la anterior normativa se hace evidente que existe una autorización legal para que la libertad pública del ejercicio del notariado, por un funcionario público, profesional en Derecho, con una especialidad en notariado, pueda ejercer la función notarial, exclusivamente reservada a la función pública que ejerce para la Administración Pública, lo cual ha aclarado la jurisprudencia anteriormente vista, como sigue a continuación.

2. Jurisprudencia

Jurisprudencialmente nuestra Sala Constitucional ha establecido el aval legal y constitucional que permite a la Administración Pública, la contratación de servicios profesionales de abogado-notario, en su doble condición, para la efectiva y adecuada función pública, de la siguiente manera:

"...Es importe recordar que la contratación de servicios profesionales de abogado y notario puede realizarla la Administración Pública por dos vías: como servidores de la institución mediante un contrato laboral cuya remuneración será un salario, y una compensación económica si se firma el contrato de dedicación exclusiva -supuesto que es el que interesa en esta acción-; y la contratación de profesionales en derecho -abogados y notarios- para que presten estos servicios en forma externa, mediante un contrato administrativo de servicios profesionales. En el primer supuesto, se crea una relación laboral, de subordinación del profesional a la institución, la cual es retribuida mediante el pago de un estipendio de naturaleza salarial establecido de previo, el cual no permite al servidor de ninguna otra remuneración por los servicios que presta".¹⁷⁷

De la anterior posición jurisprudencial, la Sala Constitucional amplía su criterio al establecer que la función notarial no está prohibida del todo al funcionario público contratado, sino que lo que se prohíbe es el ejercicio externo del notariado, y expresa:

"IV.- De conformidad con la doctrina sentada por la Sala en las sentencias transcritas, lo que se encuentra totalmente vedado a los abogados-notarios sujetos a los regímenes de prohibición o dedicación exclusiva es el ejercicio externo de la abogacía y el notariado. En lo que interesa en este caso, los "notarios de planta" no pueden realizar actos notariales para particulares, se encuentran inhibidos de ejercer liberalmente su profesión. Por otra parte, se les prohíbe el cobro de honorarios por la prestación de sus servicios profesionales -salvedad hecha de las excepciones contempladas en el C.N. en el artículo 7 inciso b) del C.N.- con la finalidad de asegurar la imparcialidad de la función pública y de evitar posibles conflictos de intereses. La remuneración que reciben estos profesionales por sus servicios es su salario, incluidos todos aquellos montos

¹⁷⁷ Sentencia de Sala Constitucional, n°. 444-2000, de las 16:51 horas de 12 de enero de 2000.

que reciban por concepto de prohibición o dedicación exclusiva, que se desprenden de la relación laboral existente entre el abogado-notario y la Administración".¹⁷⁸

A lo anteriormente indicado, se puede concluir, que efectivamente le es factible a la Administración Pública, desde el punto de vista del principio de legalidad, contratar a funcionarios públicos por relación laboral o por servicios profesionales, para el ejercicio de la doble función de abogado-notario, la cual puede únicamente ser retribuida por un salario fijo y que no podrá desempeñarse en forma externa.

A esto es necesario agregar que evidentemente la función pública, o la Administración Pública, no está exenta de la utilización de los servicios profesionales de un notario, ya que en múltiples situaciones, se requiere la protocolización y ejecución de actos extraprotocolares necesarios para la buena marcha y función de cada una de las actividades y funciones ejercidas por la Administración Pública.

¹⁷⁸ Resolución n°. 418-2001 de Sala Constitucional de las 15:17 horas del 16 de enero de 2001.

3. Doctrina

Este complejo tema ha sido desarrollado por la doctrina imperante, en forma genérica, al amparo de la legislación anteriormente vigente, en la que se visualiza, en forma absoluta, la prohibición tajante del ejercicio del notariado para los funcionarios públicos.

No obstante, esta disposición "genérica", parece perder fuerza o más bien, es aclarada en forma "específica", sobre el particular caso de los funcionarios públicos, con la jurisprudencia antes mencionada, máxime que ya con anterioridad a la legislación vigente en la materia (el C.N.), nuestra jurisprudencia en forma práctica y adecuada avaló el ejercicio del notariado, para funcionarios públicos en la Administración correspondiente. Así fue establecido por la famosa resolución n°. 88-89, de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, de las 09:40 horas del 16 de agosto de 1989.

Y es que en la práctica, no es posible conceptualizar una "**sana administración pública**", sin la posibilidad de mantener

en su competencia a un funcionario público que ejerza la función notarial en forma exclusiva. Sobre todo en aquellos entes públicos que requieren de la actividad notarial, como un medio para la realización de su actividad ordinaria como ocurre en el caso del IDA, INVU, BANCOS, IMAS, etc.

Por la necesidad de **"adaptación"** de la Administración Pública a los cambios cotidianos del desarrollo social, no puede mantenerse ese "límite" de pensamiento de desaplicar el **"principio de buena fe"** para los empleados públicos, ya que, especialmente por el **"principio de inamovilidad"** que inviste al funcionario público, a este le es susceptible definir y decidir por sí mismo, sobre su independencia e imparcialidad, a lo que le es facultativo acogerse al principio de obediencia o desobediencia que establece la L.G.A.P.

Si un funcionario público tiene la facultad de acogerse o ampararse al principio de obediencia y desobediencia que establece la L.G.A.P., con más razón, a un funcionario público contratado como abogado-notario, por su formación idónea, conocimiento de la ley, y amplio conocimiento de los efectos que su conducta implica, le es perfectamente posible discernir entre la parcialidad e imparcialidad que deba

establecer en cada caso específico, dentro de la ética profesional, que tanto como notario y como abogado debe mantener.

La doctrina y posiciones desplegadas hasta antes de la sentencia n°. 444-2000 de nuestra Sala Constitucional, fueron ambiguas y prácticamente amparaban la conceptualización genérica de la prohibición del ejercicio notarial para el funcionario público, por considerar, en forma tácita, la imposibilidad que una persona pueda decidir entre la parcialidad e imparcialidad, y entre la dependencia e independencia.

Se pone en evidencia que, lo que esa tesis defendió fue el **"principio de mala fe"** en contraposición con el principio constitucional de la buena fe.

Es casi una conducta paternalista de nuestra sociedad en general, resguardar situaciones como la que nos ocupa, al amparo de fundamentar las posibles acciones en la mala fe de las personas, por lo que se contradice el principio constitucional y derecho humano de la buena fe que todo

individuo merece se le respete, hasta que no se le demuestre lo contrario.

Junto a lo anterior, es fácil destacar como nuestro Poder Legislativo se desgasta en la promulgación de normas que prevean situaciones irregulares y sus posibles sanciones, y los poderes Judicial y Ejecutivo se ven impedidos, por las razones que sean, a realizar procedimientos adecuados que ejecuten las sanciones correspondientes que ya existen.

ii. De los principios que rigen la materia

1. De la independencia

En el campo que nos ocupa, en el cual al funcionario público le está permitido realizar la función de abogado-notario, de conformidad con las condiciones y elementos vistos con anterioridad, se puede destacar por interpretación, que el principio de independencia en este caso, es **específicamente** conceptualizado.

Debe dejarse claro que nuestra legislación y la doctrina establecida por la Sala Constitucional, establecen dos tipos de personas autorizadas para la realización de la función notarial:

- **Los profesionales en Derecho que ejercen el notariado *privadamente***, para los cuales, el principio de Independencia se conceptualiza como:
 - o El ejercicio privado de la función notarial para particulares a cualquier persona física o jurídica que requiera sus servicios.
 - o La imposibilidad de obtener algún cargo público (pues como lo vimos, por el hecho de ser un funcionario público, le es prohibido el ejercicio del notariado externo, aunque no devengue dedicación exclusiva o prohibición).
 - o La obligatoriedad de tener oficina abierta al público.

- **Los funcionario públicos**, profesionales en Derecho, que ejercen la función notarial exclusivamente para el buen desarrollo de la actividad ordinaria del ente en resguardo de la función pública y en donde el principio de independencia se conceptualiza como:
 - o La facultad de acogerse al principio legal de desobedecer, basándose en la calidad profesional y moral del funcionario y sus propios conocimientos de los efectos que despliega la conducta por este realizada.
 - o Por estarle expresamente prohibido el ejercicio externo del notariado, no debe tener oficina abierta al público, pues de lo contrario iría en contraposición a los principios consagrados en resguardo de la función pública.
 - o Estar sujetos a un horario establecido, en caso de estar contratados por salario fijo, en relación laboral.

a. Oficina abierta al público

Como lo dejamos claro, es un requisito que no es aceptable en el notario en relación laboral con la Administración Pública.

b. Superposición horaria

Requisito inválido en el funcionario público que más bien debe cumplir con el horario establecido.

2. De la imparcialidad

La imparcialidad es vista como la imposibilidad de ejercer la función notarial para terceros, para así no comprometer la función pública que le es atribuida al funcionario en su doble condición de funcionario público, sea como empleado público, sea como notario.

La imparcialidad es precisamente respetada, al no permitir la legislación vigente que se ejerza la función notarial para otras personas que no sean el patrono o Administración Pública, con el fin de evitar conflicto de intereses a lo

intrínseco del funcionario en su relación con el patrono y con la persona compareciente o tercero. Esto tiene su fundamento en el principio administrativo del funcionario público de obedecer y de no obedecer, como se expuso en el capítulo anterior, lo que obliga al funcionario público - que ejerce la función notarial - al respeto o no de la fe pública encomendada.

No debe dejarse de lado la existencia del principio en Derecho Administrativo, que lo importante es el interés público y no el individual de la administración, por lo que al amparo de este, la imparcialidad procede como principio al funcionario público, en respeto a la fe pública delegada.

Jurisprudencialmente, nuestra Sala Constitucional, *adecua o conceptualiza* el principio de imparcialidad, o su cumplimiento en este tipo de ejercicio notarial para el funcionario público, como la imposibilidad de cobro de honorarios notariales o profesionales, los cuales son retribuidos por el patrono como un salario fijo único y exclusivo, pudiendo devengar pluses salariales correspondientes a su función como servidor público. Así se ha indicado:

“Por otra parte, se les prohíbe el cobro de honorarios por la prestación de sus servicios profesionales -salvedad hecha de las excepciones contempladas en el C.N. en el artículo 7 inciso b) del C.N.- con la finalidad de asegurar la imparcialidad de la función pública y de evitar posibles conflictos de intereses. La remuneración que reciben estos profesionales por sus servicios es su salario, incluidos todos aquellos montos que reciban por concepto de prohibición o dedicación exclusiva, que se desprenden de la relación laboral existente entre el abogado-notario y la Administración”¹⁷⁹.

Debemos recordar, que dentro de los derechos individuales que tiene todo trabajador, se encuentra el derecho a la intimidad, dentro del cual hayamos el derecho a la adopción de decisiones personalísimas y el derecho a disponer del comportamiento extralaboral, lo cual da la razón a nuestra tesis de pensamiento, en indicar que el funcionario público que ejerza la función notarial, por relación laboral para la Administración Pública, está obligado por su propia formación como abogado y notario, a decidir intrínsecamente su conducta parcial o imparcial, al prestar sus servicios notariales a los comparecientes en materia notarial. Y en el caso de una actitud parcializada, existen procedimientos sancionatorios, previo requisito de denuncia de la parte interesada.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Ibid.

**2- EL SALARIO FIJO COMO RETRIBUCIÓN AL EJERCICIO DEL
NOTARIADO, PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN RELACIÓN
LABORAL**

Como quedó claro en lo indicado anteriormente, es potestad de la Administración Pública, la contratación de servicios profesionales de abogado-notario, en su doble función, por la única retribución de salario fijo, como una forma de asegurar la imparcialidad de la función pública que desempeña el mismo funcionario.

a. Sobre el salario justo

De conformidad con la doctrina de la Sala Constitucional, el establecer la retribución de la prestación de los servicios profesionales de abogado-notario, en función de relación laboral, es consecuente con los valores consagrados en la Constitución, por lo que definir el monto correspondiente escapa a las competencias propias de la Sala Constitucional, según lo ha indicado:

¹⁸⁰ POCHET ARAYA, Carlos y CHÁVEZ AGUILAR, Nazira. "C.P. Comentada de Costa Rica". Editorial McGraw-Hill Interamericana Editores S.A. de C.V. México, D.F., Año 2000, Página 377.

"...Ahora bien, la determinación del monto de esa compensación económica, si se paga o no al profesional en concordancia con esa doble condición (de abogado y notario), es un asunto que no constituye determinar en esta vía constitucional, sino en la administrativa o en la jurisdiccional, dado que los criterios técnicos utilizados por la Administración para definir los alcances de los beneficios laborales que interesan acerca del contenido de la dedicación exclusiva, es un diferendo de mera legalidad, como reiteradamente lo ha señalado este Tribunal (en este mismo sentido, ver las sentencias número 00649-93, 03502-94, 00893-95, 03932-95, 04160-95 y 04494-96.). (...)"¹⁸¹

b. Sobre el pago, por la imposibilidad de ejercer en forma externa la función notarial

Al respecto nuestra Sala Constitucional ha indicado:

"VI...Por otra parte, se les prohíbe el cobro de honorarios por la prestación de sus servicios profesionales -salvedad hecha de las excepciones contempladas en el C.N. en el artículo 7 inciso b) del C.N.- con la finalidad de asegurar la imparcialidad de la función pública y de evitar posibles conflictos de intereses. La remuneración que reciben estos profesionales por sus servicios es su salario, incluidos todos aquellos montos que reciban por concepto de prohibición o dedicación exclusiva, que se desprenden de la relación laboral existente entre el abogado-notario y la Administración"¹⁸².

"VI.- Finalmente, como fuera dicho en la sentencia número 2000-00444 ya citada, la determinación de si la imposibilidad de ejercer el notariado debe ser indemnizada por separado de la de ejercer la abogacía, es un asunto ajeno a la decisión de la Sala Constitucional, correspondiendo por el contrario a los órganos administrativos y a la jurisdicción voluntaria determinar según criterios técnicos idóneos, lo que corresponda. Así las cosas, entiende la Sala que las

¹⁸¹ Sentencia de Sala Constitucional, número 444-2000, de las 16:51 horas de 12 de enero de 2000.

¹⁸² Resolución n°. 418-2001 de Sala Constitucional de las 15:17 horas del 16 de enero de 2001.

actuaciones impugnadas no han lesionado ni puesto en peligro inminente los derechos fundamentales de los amparados, razón por la cual procede desestimar la presente acción de amparo, como en efecto se hace".¹⁸³

A esto cabe preguntarnos, cuáles son los órganos competentes y el procedimiento por seguir, para definir, si se debe pagar o no, algún tipo de renumeración por la prohibición de notariar en forma externa, ya sea si el funcionario público es contratado como abogado únicamente o si es contratado en su doble función de abogado y notario, no obstante, esto es un asunto que no es competencia de la Sala Constitucional.

3- EL DERECHO FUNDAMENTAL AL SALARIO JUSTO CONSAGRADO EN NUESTRA C.P.

Como uno de los ideales constitucionales de resguardo de los derechos laborales, encontramos el principio constitucional del derecho al trabajo, fundamentado en los artículos 56 y 72 de nuestra C.P.

¹⁸³ Ibid.

*Doctrinariamente*¹⁸⁴ se ha indicado que:

"Este principio constitucional concibe el trabajo, justamente remunerado, como un derecho, pero también como una responsabilidad del individuo para con la sociedad.

En el tanto este es un derecho de los individuos, el Estado está obligado a amparar ese derecho generando las condiciones adecuadas para la promoción del trabajo socialmente útil, honesto y justamente remunerado.

Este amparo estatal implica la responsabilidad de promover condiciones equitativas de intercambio obrero patronal, de modo que, derivado de estas relaciones, no surjan intercambios injustos y degradantes para los trabajadores que, generalmente, resultan ser la parte débil en la relación, y que por tanto, amenace ver menoscabada su libertad, su dignidad y su albedrío.

De ahí entonces que el principio constitucional del derecho al trabajo no consiste únicamente en que el Estado garantice las condiciones para la promoción del trabajo de los ciudadanos, sino también, que su pago sea justo y equitativo. " (Lo destacado no es del original.

Jurisprudencialmente, se ha reconocido como derecho fundamental, el derecho al trabajo que se complementa con el derecho fundamental al salario justo, a lo que nuestra Sala Constitucional, en una de sus importantes consultas, ha indicado lo siguiente:

"Desde esta perspectiva, cabe repetir que los derechos de que aquí se trata, involucrados en la cuestión de constitucionalidad que se ha promovido ante la Sala, pertenecen a la categoría de derechos fundamentales del trabajo. Que estamos en presencia de esta clase de derechos, me parece fuera de toda duda. Así, por ejemplo, la Organización Internacional del Trabajo, una de cuyas obligaciones (adoptada en la Conferencia General en mayo de 1944) es "lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva",

¹⁸⁴ ZAMORA CASTELLANOS, (Fernando). "Los ideales Constitucionales costarricenses" Editorial Juricentro. Costa Rica, Año 2002, Pág. 168 a 173.

incluye en su "Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo" (adoptada por la Conferencia General en junio de 1998), como una categoría de tales derechos, "la libertad de, asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva". V 11.- Ahora bien: estos derechos, como lo ha reconocido la propia Sala en reiterada jurisprudencia, por su carácter de fundamentales, son inherentes al ser humano por su condición de tal, le acompañan por su carácter de persona y por ende son superiores al Estado mismo: éste no los crea ni los regula con efecto constitutivo, sino que los reconoce, tutela y garantiza normativamente, pero con carácter puramente declarativo. De ahí que el ordenamiento jurídico puede tutelarlos y moldear su ejercicio, mas no eliminarlos o desconocerlos con la simple invocación de que así lo exigen los requerimientos de la organización del Estado, o la eficiencia de la administración, o un impreciso bien público,. todo en razón de que ostentan una categoría y fuerza superior al propio ordenamiento.¹⁸⁵

Es así, que dentro del principio constitucional de protección de las condiciones generales de contratación laboral, cuya fundamentación son los artículos Constitucionales 57, 58,59, 63, 68, 70 y 71, encontramos el derecho al salario mínimo de fijación o revisión periódica, de conformidad con el costo de la vida. Siendo que dicho salario deberá valorarse de acuerdo con una jornada ordinaria y deberá siempre ser el mínimo igual para trabajo idéntico y en idénticas condiciones de eficiencia.

En resguardo de lo anterior, se establece constitucionalmente un organismo técnico, regulado por ley, encargado de velar

¹⁸⁵ Voto 4453-100 Consultas Constitucionales. EUNED-Asamblea legislativa.

por dicha fijación. No obstante en el caso que nos ocupa, el salario de un funcionario público, en el ejercicio de su función notarial, con renumeración fija, deberá estar acorde con su función específicamente contratada, según el contrato efectuado o bien el *contrato realidad*, por lo que dicho monto deberá fijarse acorde con la complejidad de la doble función de abogado-notario para la Administración Pública. Esto por cuanto para ejercer el notariado, los rubros que para ese concepto requiere enfrentar el notario, son de alto valor, así como que deberá dejarse claro que los gastos notariales, en la inscripción de los actos protocolares y aquellos timbres y derechos en actos extraprotocolares, no pueden de ninguna manera ser cubiertos por el propio pecunio del notario, sino que dichos derechos y timbres, y otros, deberán ser aportados en tiempo, por el patrono, liberando al notario de toda responsabilidad en la tardanza de la presentación del documento para su inscripción, o bien, administrativamente, previamente a la emisión del acto protocolar o extraprotocolar, deberá girarse por el patrono el dinero o los timbres y gastos correspondientes, al momento de asignación de la labor al funcionario.

En relación con este principio constitucional resulta muy clara la sentencia constitucional 5760-97 que desarrolla una enunciación de los derechos contenidos en este ideal:

*"El Código de Trabajo es el desarrollo de la legislación laboral en nuestro país, tal y como se indica en su artículo 1(: "El presente Código regula los derechos y obligaciones de patronos y trabajadores con ocasión del trabajo, de acuerdo con los principios de Justicia Social" y que resulta también el desarrollo de los derechos y garantías sociales, comprendidos en el Título V de la C.P., específicamente...derecho al trabajo, **derecho al salario**, derecho a una jornada de trabajo, derecho al descanso semanal y vacaciones, derechos sindicales, derecho a la huelga, la celebración de convenciones colectivas de trabajo, derecho a la indemnización por despido injustificado, el fomento de las cooperativas, la promoción de la vivienda popular, derecho a la seguridad laboral, derecho a la preparación técnica y cultural del trabajador, derecho a la igualdad del salario, el establecimiento de la jurisdicción laboral, la regulación del trabajo de la mujer y menores de edad, la creación de la Caja Costarricense del Seguro Social, y la irrenunciabilidad de todos los derechos y beneficios sociales, todos de la C.P.". (Lo destacado no es del original).*

De conformidad con todo lo antes indicado, es importante reiterar, que nuestra Sala Constitucional, adecua el principio de imparcialidad e independencia del funcionario público en el ejercicio de la función notarial, a la imposibilidad del cobro de honorarios notariales, así como a la imposibilidad de protocolizar actos para personas externas. No obstante, es evidente que no es el notario quien debe correr con los gastos correspondientes de

inscripción de los actos emitidos por él, sin cobro de honorarios, puesto que dichos montos deben previamente adjuntarse al acto solicitado por la administración, a fin de evitar sanciones injustas para el notario, por atraso en la entrega de esos montos.

Asimismo, deberá tenerse presente, que el estar autorizado para ejercer el notariado, implica que el notario, de su propio dinero, deba pagar al Fondo Nacional de Notariado de BN Vital, así como estar al día en la presentación de sus índices, para lo cual la administración le debe facilitar el envío de dichos índices y la libertad de salir a otros entes a recolectar las firmas que correspondan.

Cabe destacar, que a la hora de calcular el salario correspondiente, justo y acorde con la doble función de abogado y notario, deberá hacerse conciencia entre el valor que en honorarios podría devengar la protocolización de un acto específico y obtener un salario equilibrado y justo. Esto por el equilibrio entre lo fácil y complejo que pueda ser un acto notarial requerido.

CAPÍTULO V.

Al amparo de la tesis genérica que sigue la Dirección Nacional de Notariado, evidente en sus circulares 6-99 y 6-2000, donde considera -en una **interpretación** y **aplicación** irrestricta del artículo 4 f) del C.N.- totalmente improcedente el ejercicio del notariado en el sector público, por funcionarios públicos, resguardando así la idea que este solo podrá contratar a notarios externos para la realización de dicha labor; y siendo que contrariamente se le interpone la normativa específica del nuevo C.N., Ley 7764, artículos 5 d), 7 b) y 8, así como el voto constitucional 444-2000 y 418-2001, que aclaran las excepciones y restricciones específicas que tiene el funcionario público en el ejercicio de la función notarial, es importante realizar en este capítulo un breve análisis en cuanto a doctrina, normativa y eficacia, sobre los límites que la Dirección Nacional de Notariado pretende aplicar en forma absoluta.

ANÁLISIS DOCTRINAL, NORMATIVA Y EFICACIA, SOBRE LOS
LÍMITES REGULADOS PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL
EJERCICIO DEL NOTARIADO

1-SOBRE LOS LIMITES REGULADOS PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO
EN EL EJERCICIO DEL NOTARIADO

Como tesis de principio, la doctrina tiene como absoluto el impedimento tajante del ejercicio de la función notarial para los funcionarios públicos. Tanto es así que se considera, entre otros impedimentos aceptables, dos específicos que no tienen sustento para impedir el ejercicio del notariado, tales como¹⁸⁶:

- *"No pueden ser Notarios aquellos que no puedan tener oficina abierta al público"*

- Ni *"Quienes ejerzan cargos en oficinas públicas"*

¹⁸⁶ MORA VARGAS, (Herman). "Manual de Derecho Notarial. La función notarial". 1ª Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., julio 1999, págs. 163 y 167.

Con igual posición podríamos citar a muchos tratadistas en esta materia, que mantienen un concepto "genérico" sobre la imposibilidad del ejercicio notarial para los funcionarios públicos.

A lo anterior se suma, como muestra, la directriz emanada de la Dirección de Notariado, que en aplicación genérica de los principios rígidos y originales que regulan la función notarial, estableció lo siguiente:

"VI.- La directriz impugnada exige a todos los notarios que laboran para instituciones públicas y que se encuentran impedidos, su renuncia al ejercicio del notariado, y el depósito de sus protocolos en el Archivo Nacional; caso contrario, deberán ser cesados por parte de la institución en la que ejerzan sus servicios.. (...)" ¹⁸⁷.

Lo anteriormente expuesto demuestra, que siendo la Dirección de Notariado la competente para conocer y resolver los asuntos propios relativos al ejercicio del notariado por parte de los profesionales notarios públicos, así reconocido por nuestro Órgano Procurador ¹⁸⁸, se evidencia el poco

¹⁸⁷ Voto No. 444-2000 de las 16:51 horas del 12 de enero de 2000.

¹⁸⁸ Opinión Jurídica OJ-111-2001 de fecha 13 de agosto del 2001, en igual sentido ver OJ-166-2001 de 14 de noviembre de 2001, asimismo, ver OJ-174-2001 de 21 de noviembre de 2001.

análisis que dicha Dirección realizó de la normativa específica del C.N..

2- Límites regulados para el funcionario público en el ejercicio del notariado.

No es de extrañar que la doctrina haya limitado la visión de la Dirección de Notariado o a la inversa, por cuanto el criterio de impedir el ejercicio absoluto del notariado a los funcionarios públicos, fue debidamente analizado y aclarado por nuestra Sala Constitucional, en la que valora las excepciones específicas a la regla genérica, al indicar lo siguiente:

“No obstante, a partir de la lectura conjunta de los artículos 7° inciso b) y 8° párrafo segundo del C.N., es claro que **existen excepciones a la regla general** que impide el ejercicio del notariado a los servidores públicos, en cuyo supuesto la directriz impugnada no es aplicable”¹⁸⁹. (Lo destacado no es del original)

Cabe destacar que nuestra Sala Constitucional, únicamente **limita** el ejercicio del notariado en forma externa (para

¹⁸⁹ Voto No. 444-2000 de las 16:51 horas del 12-01-2000.

terceros) - como antes se analizó y explicó en el capítulo segundo y tercero de esta investigación-, a los funcionarios públicos, pudiendo así notariar únicamente para el patrono, bajo una relación laboral - sin entrar a analizar la relación por servicios profesionales -, el cual indica en lo que interesa:

IV.- De conformidad con la doctrina sentada por la Sala en las sentencias transcritas, lo que se encuentra totalmente vedado a los abogados-notarios sujetos a los regímenes de prohibición o dedicación exclusiva es el ejercicio externo de la abogacía y el notariado. En lo que interesa en este caso, los "notarios de planta" no pueden realizar actos notariales para particulares, se encuentran inhibidos de ejercer liberalmente su profesión. Por otra parte, se les prohíbe el cobro de honorarios por la prestación de sus servicios profesionales -salvedad hecha de las excepciones contempladas en el C.N. en el artículo 7 inciso b) del C.N.- con la finalidad de asegurar la imparcialidad de la función pública y de evitar posibles conflictos de intereses. La remuneración que reciben estos profesionales por sus servicios es su salario, incluidos todos aquellos montos que reciban por concepto de prohibición o dedicación exclusiva, que se desprenden de la relación laboral existente entre el abogado-notario y la Administración.¹⁹⁰ (Lo destacado no es del original)

De lo anteriormente indicado la Procuraduría¹⁹¹ emite análisis en el siguiente sentido:

¹⁹⁰ Voto Constitucional No. 418-2001 de las 15:17 del 16 de enero de 2001

¹⁹¹ Ver Dictamen C-232-98 de 04 de Octubre de 1998, ratificado por OJ-088-99 de 11 de enero de 1999.

"De lo anteriormente transcrito, se comprende lo que dispone el artículo 7, inciso b), párrafo segundo del C.N. de referencia, cuando prescribe que "los notarios en régimen de empleo público podrán cobrar los honorarios correspondientes a los particulares, en los casos de formalización de escrituras relacionadas con los fondos de ahorro y préstamo que funcionen adscritos a cada institución, y no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal.", lo cual, quiere decir que, el notario contratado por la Administración Pública no devengaría otra remuneración que el salario preestablecido legalmente, salvo si realiza alguna tarea notarial en los organismos que tienen a cargo esa clase de fondos y que no constituye labor normal de la entidad estatal, entonces solo en ese caso, podría cobrar honorarios de manera privada.

De lo anterior, "A contrario sensu, si corresponden a la actividad ordinaria, no procede el cobro de honorarios"¹⁹².

Cabe agregar, que de forma indispensable, habrá que determinarse para cada caso concreto si el otorgamiento de escrituras o actos extraprotocolares constituyen actividad ordinaria del Ente.

Es así que, de conformidad con lo anteriormente indicado, en un caso específico la Procuraduría se pronunció de la siguiente manera en lo que interesa:

¹⁹² Opinión Jurídica de la P.G.R., No. O.J-073-99 de 14 de junio de 1999.

"En consecuencia, concluimos que esa Institución puede seguir distribuyendo escrituras a sus notarios internos, pero en el entendido de que éstos no pueden percibir honorarios de la institución, ni de particulares, por sus servicios, pues su remuneración, de conformidad con la nueva normativa lo conforma el salario fijo que percibe de la Institución"¹⁹³.

Cabe destacar, que toda la doctrina y las directrices emanadas por la Dirección de Notariado, vienen a ser aclaradas por nuestra Sala Constitucional y por la P.G.R., por lo que se deben considerar los límites de rigor como una restricción únicamente para el ejercicio privado de la función notarial de todo aquél que decide ocupar un cargo en la Administración Pública, por lo que una **restricción o limitación**, no es una **suspensión o imposibilidad** del ejercicio del Notariado para la propia Administración Pública, siempre que no exista imposibilidad en contrario, de conformidad con las expresamente descritas, para este tipo de ejercicio notarial.

"2.- Desde otra arista jurídica de la situación en estudio, tampoco pueden los funcionarios de esa Institución alegar, con la puesta en vigencia del Código de cita, "derechos adquiridos o alguna situación jurídica consolidada" a su favor, ya que los honorarios percibidos, anteriormente, constituyeron en aquel momento, una retribución económica, convenidos, **liberalmente**, entre el cliente¹³ y notario, para

¹⁹³ Dictamen C-232-98 de 04 de octubre de 1998 de la P.G.R.

llevar a cabo algún acto o contratación de carácter notarial, saliéndose de esa esfera, las reglas que operan en una relación de empleo público con principios y características propias del ordenamiento estatutario que le rige al servidor público.

En esa línea de razonamiento, la "situación jurídica" de la condición de profesional en Derecho de esos funcionarios, no fue menoscabada con la vigencia del numeral del inciso f) del artículo 4 del, tantas veces, citado C.N.. Es decir, la motivación legislativa de ampliar esa norma a todos los funcionarios del Estado, tal como quedó plasmada hoy en su texto, no es otra intención, que la de proteger a la función pública. Por ello, **se restringe allí, el ejercicio privado** de la profesión notarial, a todo aquél, que decide ocupar un cargo en la Administración Pública, en donde la persona al ser nombrado en un puesto público, se sujeta al ordenamiento jurídico que rige la relación de servicios correspondiente, por virtud del mencionado artículo 11 de la Carta Política que literalmente dice:¹⁹⁴

"Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública." (Lo destacado no es del original)

De lo anterior se desprende que los límites interpuestos en la normativa del C.N. no son una "suspensión del Ejercicio del Notariado", sino que se deben interpretar dos tipos de ejercicio notarial:

- El ejercicio privado liberal, ejercido por un profesional en derecho, autorizado para tal fin, que no labora para ningún ente u órgano público, cuya potestad es la de notariar a solicitud de cualquier persona

física o jurídica, el cual tiene oficina abierta al público y cobra honorarios notariales por su servicio prestado, y

- El ejercicio restringido del funcionario público, en relación laboral para tales efectos, únicamente dirigido a notariar actos solicitados por el patrono y para el patrono, - sin perder de vista la ética profesional y el respeto a la Fe Pública delegada - el cual no puede notariar a personas externas, no tenga dedicación exclusiva, pues el hecho de constituirse en funcionario público prohíbe dicho ejercicio externo con el ánimo de resguardar la función pública, lo cual impide el tener oficina abierta al público, y devenga un salario por su servicio. Claro está que dichas disposiciones deben regirse de conformidad con las normas que así lo autorizan, y en un total cumplimiento de las mismas.

De conformidad con lo antes indicado, parece ser que en general la normativa del C.N. regula el ejercicio privado de la función notarial, al cual le impone restricciones

cuando el sujeto que lo ejerce se constituye en servidos público; y es en este último caso donde la normativa específica de este C.N. restringe el ejercicio de esa función únicamente a lo externo, permitiendo el notariado en forma exclusiva para el ente patrono, lo cual es lógico, razonable y práctico, acorde con los principios administrativos de servicio público.

Es prácticamente imposible concebir a un ente público, sin la capacidad de mantener notarios dentro de su equipo de trabajo, lo que traería como consecuencia el entramiento administrativo, en instituciones que requieren de estos servicios en forma inmediata y continua.

3- La cara subjetiva de los límites al Ejercicio del Notariado para los funcionarios públicos

Al entrar la Sala Constitucional en su resolución No. 643-93, a establecer los límites al ejercicio notarial para los funcionarios públicos, muy personalmente considero que omite analizar, con fundamentos razonables y debidamente

consientes, los motivos éticos que impiden el ejercicio notarial para estos servidores públicos, siendo que más bien evidencia, en el fondo de sus consideraciones, un juicio de valor, en interpretación de una norma legislativa que a todas luces presume el principio de mala fe, en lugar de regular el principio de buena fe, el cual debe regir toda función legislativa y jurídica, mientras no se compruebe lo contrario.

Lo que quiero decir con lo anterior, es que la norma en su espíritu, parece presumir que ningún notario, que labore para el estado, pueda tener la capacidad ética e intelectual de hacer la diferencia entre las funciones de abogacía y de notariado.

Asimismo, hace parecer a todos los funcionarios públicos como posibles corruptos e incapaces de diferenciar y respetar los intereses privados de los públicos.

En realidad lo que existe es una gran cantidad de leyes que previenen las maniobras anti éticas, pero no existe o está muy limitados los recursos para la ejecución de sanciones

cuando se comprueba la existencia de algún acto contrario a la Ley.

Los funcionarios públicos se encuentran acogidos al régimen de inmovilidad, precisamente en resguardo de su estabilidad laboral, ya que como se explicó en temas anteriores, estos son los primeros trabajadores en peligro de pérdida de su trabajo, por cambios de gobiernos y políticas abusivas en ese sentido.

No es un beneficio el principio de inmovilidad, más bien es una protección laboral, pues al funcionario público, el hecho de su idoneidad en la profesión requerida, que le otorga la facultad de notariar, no deviene en otra cosa que en una consecuencia de esa función, y no como se ha querido, y se ha interpretado, que va en detrimento de la cosa pública.

A mi parecer, tanto la dedicación exclusiva, como la prohibición, son institutos que son innecesarios, por cuanto al amparo de la ética profesional, y el Código de la Moral de los Abogados, estos no pueden atender asuntos en contra de sus propios clientes, o patronos, por lo que limitar el ejercicio profesional de los funcionarios públicos o

servidores públicos, así como empleados bancarios, a lo externo de la Institución, no tiene un sentido lógico y racional, ya que versa sobre la capacidad intelectual, y económica del profesional, definir el trabajar después de horas laborales, dejando algunas funciones capaces de delegarse en manos de algún asistente personal.

Más parece que lo que se pretende, es regular la cantidad de trabajo de los profesionales externos, que no han tenido la posibilidad de ingresar a laborar como servidores públicos, para que al limitar la labor de estos funcionarios, los externos tengan más posibilidad de trabajo.

No obstante, el principio de imparcialidad para los notarios, es el mismo en cualquier situación de trabajo que se encuentren, siendo si laboran para el Estado, privadamente, o si son contratados en su doble función por el sector privado.

Aunado a lo recién mencionado, es importante diferenciar, que bajo el Principio de Inamovilidad y al amparo del Deber de Obediencia y Desobediencia de la L.G.A.P., que tiene más capacidad de aplicar el Principio de Imparcialidad un funcionario público, que ejerza el notariado, que -

posiblemente- un notario contratado en el sector laboral privado.

Si de fundamentar la mala fe se trata, podría decirse que tendría más temor un trabajador privado, que ejerza la función de abogado y notario, de perder su empleo, que un funcionario público, en aplicación estricta del Principio de Imparcialidad.

No obstante, el punto es el de la competencia limpia y abierta en la profesión y la necesidad de objetivisar en todo momento la labor legislativa, lo cual es claro que está realizada por seres humanos, quienes internamente podrían también tener intereses creados que desconocemos, los cuales podrían regular a bienestar propio futuro, ya que son funcionarios públicos de paso.

Asimismo, nos atrevemos a decir que las excepciones que regula el propio C.N. en sus artículos: 5 d), 7b), párrafo tercero y 8, contradicen en un todo el artículo 1¹⁹⁵, del mismo cuerpo normativo, por cuanto al permitirse el ejercicio

¹⁹⁵ Ley No. 7764 del 2 de abril de 1998. "Artículo 1.- Notario Público. El notariado público es la función pública ejercida privadamente. (...)"

notarial para los funcionarios públicos, bajo las restricciones que la sala Constitucional ha interpretado, como la única prohibición de notariar a terceros y bajo una relación laboral, devengando un salario exclusivo, se crea tácitamente otra figura del ejercicio de la función notarial, entendiéndose a lo podríamos llamar: " la función pública ejercida públicamente bajo absoluta responsabilidad privada del funcionario que la ejecuta".

Esta posición contradice en un todo lo que doctrinariamente se entiende como "Munuera pública" que consiste en:

"Los *Munuera pública* son aquellos particulares que ejercen de forma permanente o transitoria, potestades públicas cuando han sido previamente habilitados legalmente o contractualmente, convirtiéndose en vicarios de la respectiva administración pública. El *Munuera ppublica* 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 (Artículo 111, párrafo 1°. , LGAP. Actúa por sí y para sí mismo y sus actos son suyos y no de la administración respectiva. Tenemos en nuestro ordenamiento jurídico los siguientes casos: a) Notario Público (...) b) Contador Público (...) c) Concesionario de obras o servicios públicos (...)."¹⁹⁶

De conformidad con la doctrina anteriormente asentada, queda claro que si en tratándose de la aplicación genérica, que se ha mal interpretado, con relación a imposibilidad absoluta

¹⁹⁶ "GINESTA LOBO", Ernesto. "Tratado de Derecho Administrativo" tomo I, Editorial Dike, San José, Costa Rica, pág. 122.

del ejercicio del notariado para los funcionarios públicos (pese a la interpretación constitucional y muy acertada de la Sala Constitucional en Voto 444-2000), también tendría que imposibilitarse dicho ejercicio a los demás *Munuera pública*, tales como Contadores Públicos, etc. No obstante no es así; ya que estos pueden ejercer su función en exclusividad para la Administración Pública, cuya única restricción sería no emitir actos de Fe Pública para terceros, en forma privada.

Dicha contradicción en limitación estricta a una actividad de la *Munuera pública*, vendría en discriminación contra otra actividad regulada por la fe pública del Estado.

Por lo anterior, y reiterando la interpretación de nuestra sala Constitucional, lleva razón dicho Órgano de Constitucionalidad, al definir claramente que lo único que restringe a los servidores públicos en el ejercicio de la función notarial es el ejercicio privado de la misma, pudiendo así ser contratados por su función de abogado y notario para la Administración Pública, devengando un salario, sin poder cobrar honorarios por sus funciones de notario, y pudiendo obtener un sobresueldo por exclusividad por la función de abogado con especialidad de notario.

**4- EXAMEN CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 5, INCISO d) EN
RELACIÓN CON EL 7, INCISO b) DEL CÓDIGO NOTARIAL**

La sentencia 444-2000 y 418-2001 hace la diferencia entre las funciones de : Abogado y Notario. Manteniéndolas en un estado de intrínseca relación la segunda de la primera.

El Abogado puede ser contratado a salario fijo pudiendo acogerse a la dedicación exclusiva o no.

En caso de acogerse a la dedicación exclusiva, aunque no esté contratado por servicios de notariado también, no puede desempeñar en forma externa, la función de abogado y notario (cartulación y actos extraprotocolares).

Lo anterior por cuanto aislar la fe pública, compromete la función notarial a un tiempo y espacio que no se le permite, es así que el profesional, contratado como abogado, bajo el régimen de dedicación exclusiva, aunque no tenga este beneficio, por el solo hecho de ser funcionario público, debe cesar en la función notarial externa, y podrá realizar esta función, únicamente para su patrono, **SI NO COBRA HONORARIOS PROFESIONALES POR NOTARIADO.**

Dicha sentencia aclara que la Administración pública, puede contratar los servicios profesionales de abogado y notario por dos vías:

- Se crea una relación laboral, al permitir la contratación como servidores de la institución, con contrato laboral, renumeración por salario, con la posibilidad de acogerse dicho funcionario a la compensación económicas de la Dedicación exclusiva.

- o Se crea una relación laboral cuyo efecto es la subordinación y el salario únicamente, bajo un horario definido.

- o Debe la Administración confeccionar y redactar el contrato del funcionario que establezca claramente las funciones, las cuales deben estar debidamente reguladas, siendo que en el caso del Abogado le corresponde: Confección y redacción de contratos, autenticación de firmas, representación de los intereses institucionales en juicio. En caso del Notario: Cartulación. Actos extraprotocolares y

Protocolares. Tramites registrales. Autenticación de firmas.

- Si se firma el contrato de dedicación exclusiva, tanto como si no se conviene en el mismo, el funcionario solo puede ejercer actos para la administración. Cuyo efecto es que como excepción, se tiene que un funcionario público puede ejercer el notariado, si no cobra honorarios a las partes, lo que en todo caso estaría imposibilitado de cobrar, por recibir salario.
 - o No puede ejercer el notariado externo.
 - o No puede notariar para particulares.
 - o Se encuentra inhibido del ejercicio liberal de la profesión.

Con esta Sentencia Constitucional, se ven adecuados los Principios de Independencia e imparcialidad, que rígidamente (con algunas excepciones contrarias a la Ley) se mantuvieron con anterioridad al Código Notarial vigente.

Análisis Constitucional del Artículo 5 b) y 7 b) de C.N.:

Atendiendo a la interpretación de lo que puede considerarse como Discriminación o violación al Principio de Igualdad, tenemos que entre dos situaciones, deben existir elementos diferenciadores o iguales de relevancia jurídica.

Entendiendo que toda desigualdad no es una discriminación, siendo que la discriminación está provista de una causa injustificada, atendiendo esta a la objetividad y razonabilidad con que fue creada, por lo que al evaluar el asunto, se determina su finalidad y efectos, la cual deviene en una relación que no es razonable ni proporcionada, en virtud de los medios empleados y la finalidad propiamente dicha que persigue.

La igualdad se entiende en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en que se invocan, entonces tenemos que:

Existen dos clases de trabajadores, los privados y los públicos:

Los privados, mantienen una inestabilidad laboral, es posible que respondan a intereses del patrono por posible tenemos al despido, no obstante no se les interpone prohibición para el ejercicio de la función notarial, aunque estén bajo una relación laboral.

Los funcionarios Públicos, mantienen como protección, el Principio de Inamovilidad consagrado en el artículo 191 y 192 de la Constitución Política. Este principio tiene como efecto la estabilidad laboral, por cuanto el funcionario, no puede ser despedido sin justa causa o por reestructuración de la Institución a la que sirve.

Paralelamente a lo anterior, y en virtud del Principio de Legalidad consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley general de la Administración Pública, ésta última también consagra los Principios de Obediencia y desobediencia debida, que facultan al funcionario a desobedecer ordenes contrarias a la moral, buenas costumbres y ley, por parte de sus patronos, por lo

que no es de recibo bailar al son de los intereses subjetivos del patrono, sino que existe suficiente protección para que dicho funcionario acate las disposiciones de la ética en materia de Derecho y Notariado como una especialidad en la misma.

A pesar de este principio de inamovilidad laboral, y estando cubiertos por el deber de obedecer y desobedecer, consagrado en el artículo 107 siguientes y concordantes de la Ley general de Administración Pública, SE LE IMPONE AL FUNCIONARIO PÚBLICO LA RESTRICCIÓN DEL EJERCICIO DEL NOTARIADO EXTERNO aunque no se aya acogido al régimen de Dedicación Exclusiva.

A estas dos situaciones idénticas, donde el punto medular es la fe pública, se permite a los Trabajadores Privados, el ejercicio de la función Notarial, pero a los funcionarios Públicos se les restringe, no obstante a estos últimos se les autoriza mediante un salario fijo y en otros casos siempre y cuando no cobre honorarios, siendo que al final de cuentas únicamente es "Ponerle Precio a la fe pública".

A estas dos situaciones de idéntica igualdad, se da una causa de discriminación para los funcionarios públicos basada en una causa injustificada, la cual es subjetiva, por cuanto impone la necesaria mala fe en los servidores públicos, irracional, por cuanto atenta contra el principio de salario justo y libertad de competencia, así como con la libertad al trabajo, la cual al ser evaluada tiene como única finalidad y efectos la de servir al estado sin cobro alguno, violando el principio de equivalencia de las prestaciones y otros que se dirán en adelante.

La legitimidad de la norma es efectiva no obstante trae implícita el principio de mala fe, contrario al Principio de Buena fe que rige nuestro sistema jurídico, por cuanto al constituirse un abogado y notario en funcionario público ya es tildado solapadamente por la norma, como posible corrupto o parcial.

Dentro de los límites que debe observar el legislador es el de no legislar en beneficio propio. Es así que el artículo 5 inciso d) del Código Notarial, establece excepciones a los funcionarios públicos, que si pueden

ejercer el notariado, siendo que pueden notariar únicamente aquellos funcionarios que sean contratados:

- o A plazo fijo
- o Excluidos del régimen de servicio civil.
- o Que no gocen de sobre sueldo ni compensación económica o dedicación exclusiva.
- o Que no exista superposición horaria
- o Ni disposición en contrario en la legislación reguladora del órgano o institución donde presten sus servicios.

Este tipo de servidores son únicamente aquellos puestos de confianza que cada cuatro años son variados o que ocupan un cargo público a plazo fijo, por lo que evidentemente es normar a favor de los políticos, la posibilidad de que sí puedan seguir notariando sin problema alguno.

No es idónea, por cuanto la finalidad que persigue es contraria al principio de igualdad, ya que la fe pública es una sola, y no existe fe pública diferente para los

funcionarios públicos y otra para los funcionarios privados. Al final lo que persigue es que bajo un salario ínfimo como abogado, reconociendo la función notarial como especialidad en la Profesión del derecho, a la cual no se le da un salario justo por la función desempeñada y compleja, sino que la misma será únicamente reconocida como un porcentaje menor sobre el salario base.

No es necesaria, por cuanto el ejercicio para el funcionarios público del notariado es permitido por el no cobro de honorarios, lo que deviene en concluir que si el funcionario público realiza dicha función, no atenta contra los intereses públicos, siendo que lo único que persigue la norma es limitar subjetivamente la competencia profesional del notariado, y que a su vez el mismo Estado que crea la norma, no se vea afectado a retribuir con dinero el pago adecuado de dicha función laboral. Asimismo, se contrapone dicha limitación a la eficiencia, servicio y adecuación de la Administración Pública, provocando con ello un cuello de botella que hará más burocrático el proceso, cuando se requiera un notario para cada acto correspondiente.

No es Proporcional, por cuanto choca con los principios de independencia e imparcialidad en materia notarial, que son idénticos para los trabajadores en relación laboral que ejercen el notariado, sean públicos o privados.

No obstante todo se resuelve para el funcionario público contratado a plazo indeterminado, con el artículo 5.b) y 7.f) del Código Notarial, en relación con el artículo 67 y 68 de la Ley de Contratación Administrativa, ya que pueden ejercer el notariado los funcionarios públicos contratados como:

- Notario externo, por servicios profesionales, pudiendo notariar para la institución y para terceros sin prohibición alguna.

- Contratado como abogado y notario en relación laboral, en su doble condición de funcionario público y notario público, sea con dedicación exclusiva o sin este beneficio.

- Contratado como Abogado únicamente, no como notario, prohibiéndosele el ejercicio externo del notariado, pudiendo ejercerlo únicamente para el patrono estado, bajo la única condición del no cobro de honorarios.
 - o Este aspecto se contrapone a los principios de equivalencia de las prestaciones en derecho administrativo, constituyéndose un "enriquecimiento arbitrario del estado, por el no pago justo y adecuado al despliegue intelectual y laboral del funcionario en diferentes labores contratadas y no contratadas directamente. Violando así el principio de Salario Justo.
 - o El problema ético que es lo que se ha mantenido como fundamento para dicha limitación, se reduce a una situación meramente económica, pues permite al notario notariar en horas laborales, sin oficina abierta al público, bajo la única condición del no cobro de honorarios, por concepto de notariado para el patrono Estado.

Asimismo, debe dejarse claro una vez más que la norma, trae implícita la violación al principio de Buena Fe, por cuanto por el solo hecho de constituirse en funcionario Público, se supone que se ve comprometida la fe pública.

CONCLUSIONES

SEGÚN EL PERÍODO EN VIGENCIA DE LA LEY ORGÁNICA DEL NOTARIADO, SE CONCLUYE:

- a. Desde el inicio de la regulación notarial en Costa Rica, se crea como principio fundamental "el impedimento e incompatibilidad" de la función de notario con la función pública.
- b. De la interpretación de dicha incompatibilidad surge la teoría de la independencia de funciones entre un abogado y un notario.
- c. Este período jurisprudencial se rige por la línea de pensamiento de, que un abogado es parcial, a favor de su cliente o patrono, y en consecuencia le es facultativo laborar en forma independiente, o acogerse a una relación laboral, siendo que en la primera debe cobrar honorarios, y en la segunda, ha de ser retribuida su labor por medio del salario.

d. En contraposición con el criterio anterior, se establece que el notario debe ser imparcial, por cuanto debe asesorar e interpretar las voluntades de los otorgantes que ante él comparecen, debiendo brindar sus servicios en forma objetiva y equitativa, a favor de las partes. Por esa imparcialidad surge el principio de independencia, el cual se funda en la consideración de que el notario no puede ni debe tener patrono, a fin de no ver comprometida su imparcialidad, ya que además de investirse con una función pública, otorgada por el Estado, debe tener oficina abierta y estar disponible en todo momento cuando sea requerida su fe pública.

e. Si bien es cierto que tanto la primera Ley Orgánica del Notariado, como la que le sucede, son claras en indicar que dicha función notarial es incompatible con ciertos cargos públicos; los aranceles y decretos que regulan la materia y el cobro de los honorarios fueron inconstantes en mantener el efecto deseado por dichas normas.

- f. Lo antes dicho por cuanto, en forma irregular, unos decretos permitían el ejercicio notarial para los abogados en régimen de empleados públicos, con las únicas variantes de permitir o no permitir el cobro de honorarios, sea a su patrono, sea a las partes, pero en todo caso, la función pública no se vio comprometida con tal acción.
- g. Una importante resolución de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, n°. 88-89, contiene el criterio opuesto, de que la labor de abogado y notario no es independiente, desprendiéndose de dicha resolución la ineficacia de las normas que limitan el ejercicio del notariado para los empleados públicos, al no haberse demostrado una realidad objetiva en dicha regulación.
- h. Con dicho planteamiento se reconoce la realidad paralela a la norma que se venía dando desde tiempo atrás, por lo que al amparo de varios decretos, existen funcionarios públicos que, a su vez, ejercieron la función notarial sin perjuicio alguno a la función pública.

- i. Los criterios jurisprudenciales, posteriores a la resolución antes indicada, fueron claros en mantener la independencia de la función del notariado de la de abogado en el ejercicio de la función pública, únicamente al no permitir la retribución de la función notarial de ese funcionario público por salario fijo, sino por honorarios notariales, pues la posición última consistió en permitir el cobro de honorarios solo a la parte correspondiente, no al Estado ni sus instituciones públicas correspondientes.
- j. En este período el respeto al principio constitucional de irretroactividad de la ley Conceptualisa, que los derechos adquiridos no pueden ser afectados, no solo por la nueva norma creada, sino que tampoco es posible de afectarse por la interpretación de la misma, ya que va en detrimento de situaciones jurídicas consolidadas que se dieron con ocasión de reglamentos y normas anteriores.

REFLEXIÓN

A lo largo del capítulo II, se evidencia que la tan ideal independencia notarial, basada en cuestiones éticas y morales, con la intención de proteger "la función pública", no es tan razonable.

Como muestra vale indicar que la función notarial se ha permitido por cuestiones meramente prácticas, sin entrar a analizar normativa y doctrina al respecto, únicamente con el análisis de la materia que se expuso de previo.

La protección de la función pública no fue efectiva porque no se basa en posiciones adecuadas, ya que, en la práctica, la necesidad imperante de que el abogado, en calidad de empleado público, también sea notario, es una situación de exigencia de las funciones públicas diarias.

No es cierto que, en materia de empleo público, el funcionario deba obedecer a golpe de tambor. A lo anterior cabe contraponer la obligatoriedad de no obedecer, facultad del servidor público, contemplada en la L.G.A.P.

Asimismo, cabe destacar que precisamente por estar investido el funcionario público con del principio de inamovilidad que regula el artículo 191 y 192 de la C.P., no existe el temor de actuar a derecho, siendo esta una de las exigencias de la misma función pública, a diferencia de los empleados de la empresa privada.

A raíz de la independencia que se mantuvo en la retribución de las funciones de abogado y notario, el que se ha beneficiado con dicha labor ha sido el Estado o la administración pública, pues en ningún momento le han hecho frente a los honorarios del profesional.

Por lo anterior, es factible concebir la función notarial como un efecto de la función pública, del abogado, el cual por su sola idoneidad profesional mantiene la capacidad de ejercer dicha función.

DEL VIGENTE CÓDIGO NOTARIAL, SE CONCLUYE:

- a. El ejercicio profesional constituye una libertad fundamental. Por ende, está sujeta a los principios que informan el régimen constitucional de los derechos fundamentales.
- b. Lo anterior implica que las restricciones al ejercicio profesional deba ser establecidas por ley, no por norma reglamentaria.
- c. Se mantiene la diferencia entre las funciones de abogado y las propias del notariado.
- d. No obstante lo anterior, se reconoce que en la profesión de Derecho existe una especialidad, es la del notariado, que puede ser ejercida previa autorización expresa del órgano encargado, sea la Dirección Nacional del Notariado.
- e. En este período los principios de independencia e imparcialidad se ven readecuados al establecer dos tipos de ejercicio notarial:

1. El ejercicio liberal o general, para las personas que no tienen relación laboral con la administración pública, o se encuentran acogidos a las excepciones que plantea el nuevo C.N., para lo cual deberán tener oficina abierta y cobrar honorarios por sus servicios.

2. El ejercicio restringido o limitado, para aquellos funcionarios públicos contratados en calidad de abogados y notarios, en su doble función, para que mediante una relación laboral, con plazo indefinido, por medio de salario, brinden los servicios de abogados y notarios a lo interno de la institución, los cuales reciben por ambos servicios únicamente el salario, pudiendo acogerse a la dedicación exclusiva o prohibición correspondiente.

En este aspecto, la oficina abierta al público no es requisito importante, sino que más bien pasa a ser prohibido, en virtud de que al ser ejercida dicha función notarial por un

funcionario público para la administración pública, este debe concentrarse únicamente en la labor y función que brinda, por lo que el mantener oficina abierta al público distraería la atención de su labor.

A lo que están impedidos este tipo de funcionarios, es al ejercicio externo del notariado, pudiendo notariar únicamente a satisfacción de la función pública que ejercen, y no a solicitud de los particulares, al estar prohibido el cobro de honorario alguno.

f. Que la autorización de contratar el ejercicio liberal del notariado está fundamentada, de conformidad con el C.N., para aquellos profesionales que no tengan relación laboral de trabajo con la administración pública; así como la autorización dicho ejercicio liberal a los que cumplan con las excepciones contempladas en el artículo 4, inciso f) (sino se les prohíbe), 5 d) (si están dentro de ese grupo de funcionarios), 7,

inciso b) (si no cobran honorarios), 8 párrafo segundo (si no cobran honorarios).

g. A la administración pública se le faculta, por ley, para contratar a abogados-notarios, sea por servicios profesionales, o por relación laboral, siendo que en el primer caso su remuneración es por honorarios, y para el segundo supuesto la retribución salarial, por lo que la independencia entre la labor de abogado y notario quedó superada por las resoluciones 418-2000 y 444-2001 de la Sala Constitucional, al reconocerse la posibilidad de realizar las dos funciones por una misma persona en un mismo espacio y tiempo.

h. En caso de que un funcionario, contratado por relación laboral para asumir las funciones de abogado y de notario, se acoja al régimen de dedicación exclusiva o prohibición, puede seguir ejerciendo la función notarial para ese patrono, pues es precisamente para esas labores que se contrató y en esos términos.

i. Que a partir de la entrada en vigencia del C.N., específicamente en lo que atañe a los numerales 7, inciso b), y 8, párrafo segundo, queda prohibido expresamente a todos los funcionarios públicos que reciban salario o dieta, cobrar honorarios a la administración pública o a terceros, cuando deba realizar actos o contratos notariales donde se tenga como parte al Estado.

j. La posición de la Procuraduría hace referencia a que: "toda aquella clase de normativa¹⁹⁷ en que el Estado actualmente se apoya para el reconocimiento del pago de honorarios a los funcionarios públicos que prestan sus servicios de notariado, queda insubsistente a partir de la vigencia del cuerpo legal"¹⁹⁸.

k. La posición de la P.G.R. ha sido reiterada en cuanto a la posibilidad, prevista por el ordenamiento jurídico, de contratar a notarios

¹⁹⁷ Por ejemplo: ver oficio n°. 10801 de 9 de octubre de 1986, vertido por la C.G.R. y acuerdo n°. 2861, celebrado en la sesión ordinaria n°. 34-93 de la Autoridad Presupuestaria y otras disposiciones reglamentarias que no es del caso enunciar aquí.

públicos como funcionarios públicos dentro de la administración, a la luz y con la autorización dada por el numeral 67 de la Ley de Contratación Administrativa (véase, entre otros, los pronunciamientos n°. OJ-008-99, C-071-99, C-073-99, C-146-99, C-179-99 y C-232-98, así como el informe rendido ante la Sala Constitucional, actuando en su condición de órgano asesor imparcial de la misma - Ministerio Público de la Constitución-, en la acción de inconstitucionalidad n°. 01-003907-007-CO promovida por el Dr. Enrique Rojas Franco, en su condición de apoderado especial judicial del Lic. Luis Ocampo Fallas, contra la directriz de la Dirección Nacional de Notariado n°. 2000-006 de las 10:00 horas del 22 de agosto del 2001).

1. Que mediante el Voto Constitucional n°. 000444-2000, que resuelve la acción de inconstitucionalidad contra los artículos 4, inciso f), 5, inciso d), 7, inciso b) y párrafo final del artículo 8, todos del C.N., ley número 7764, de dos de abril de mil novecientos noventa y ocho, y la

¹⁹⁸

Ver conclusiones de dictamen C-232-98 de 4 de octubre de 1998.

directriz número 006-99, de la Dirección Nacional de Notariado, con el expediente n°. 99-005060-0007-CO, la Sala Constitucional fue conteste en avalar la posibilidad en la ley, de contratar a abogados-notarios, con relación laboral, por salario fijo. Mientras que paralelamente, el voto 2001-418, establece que lo que le está vedado a los funcionarios públicos es el ejercicio externo del notariado, pudiendo notariar únicamente en su función pública (para la administración pública).

m. En síntesis, y al amparo de lo dispuesto con el voto n°. 000444-2000 de la Sala Constitucional, Se reconocen varios tipos de funcionarios públicos:

i. El contratado únicamente por su función de abogado, que antes de la nueva promulgación del C.N. ejercía el notariado en forma liberal, siendo que con la nueva regla se le restringe a no poder notariar externamente, pues aunque no se le haya contratado sus

funciones de notario, podría ejercer dicha función, siempre que no cobre honorarios, y únicamente para el patrono o administración pública, o bien podría realizar la función notarial si se encuentra regulado dentro de las excepciones que enmarca el C.N.

- ii. El funcionario público, contratado por relación laboral, plazo indeterminado y salario fijo, puede notariar únicamente para la administración pública, quedándole prohibido hacerlo para personas externas, y no puede, de ninguna manera, cobrar honorarios, siempre que no se encuentre en las excepciones planteadas al respecto en la legislación correspondiente (C.N.).
- iii. El profesional contratado por servicios profesionales, a plazo fijo, sea por salario u honorarios, según el estipendio que se haya contratado, el cual sí podrá ejercer la función notarial en forma liberal.

n. La Sala Constitucional aclara que lo que le está prohibido al funcionario público es el ejercicio liberal de la profesión, por lo que sí puede notariar restringidamente solo para la administración pública, que ejerce como funcionario del Estado.

ñ En cuanto a la retribución del profesional en derecho que ejerce la función notarial para la administración pública, la Sala aclara que debe ser un salario justo, de conformidad con la labor efectuada, cosa que, indica, no es de su competencia definir, por lo que le corresponde a la autoridad especializada, según sea el caso del órgano encargado, o según sea la administración a la que corresponda establecer el mismo.

o. En materia de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, la Sala Constitucional aclara que todos los derechos en cuanto al ejercicio del notariado, en las condiciones que

ahora se prohíbe por el nuevo C.N., deben ser ventilados en la vía de legalidad que corresponda.

p. Dichos derechos consolidados en vigencia de la normativa anterior, deberán ser respetados por las partes de quien se obtuvieron; no obstante, la única posibilidad para eliminar los efectos de dichos derechos adquiridos corresponde, solamente, a la facultad que tiene el patrono de indemnizar al funcionario por la no realización del ejercicio del notariado, en las condiciones que lo venían desempeñando.

q. La Sala Constitucional establece que no es la normativa del nuevo C.N. la que viola derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, sino que es la interpretación y la aplicación de esa normativa la que parece violar dichos derechos, por parte de personas o entes específicos.

r. Por lo anteriormente indicado, no cabe una acción de inconstitucionalidad, sino que procede un recurso de amparo, o, en su defecto, acudir a la

vía legal correspondiente para hacer valer los derechos adquiridos que se obtienen con el transcurso del tiempo, en el ejercicio liberal de la función notarial para el funcionario público.

EN MATERIA DE SALARIO JUSTO SE CONCLUYE:

- Normativamente, tienen vigencia y legalidad aquellas disposiciones legislativas que permiten la contratación de abogado-notario en su doble función para la administración pública.
- Que dicha contratación regula como única retribución el salario fijo.
- No es competencia de la Sala Constitucional definir el monto del salario fijo, justo y acorde con la función que dichos servidores realicen, no obstante, dicho monto deberá regularse ajustado a la complejidad de la

labor y a los rubros a que debe hacer frente el notario, para mantenerse en ejercicio.

- Que a la hora de definir el monto del salario adecuado, deberán tomarse en cuenta las labores complejas que deberá realizar el funcionario en su actuar notarial, para ello el salario deberá ser justo y equitativo según las funciones realizadas.
- Que dicho salario justo, aparte de estar consagrado como un derecho fundamental y, aún más, como un derecho humano, debe responder al **principio de equivalencia de las prestaciones** en la administración pública, a fin de que esta última evite enriquecerse solpadamente con las funciones recargadas del servidor público en el ejercicio del notariado para ese mismo patrono.
- Se interpreta el principio de independencia e imparcialidad para el funcionario público, únicamente por dos elementos o requisitos: 1- prohibiendo el ejercicio externo del notariado a dicho servidor, y 2- prohibiendo el cobro de honorarios notariales.

- El permitirse el ejercicio del notariado para el funcionario público obedece, según nuestra tesis de principio, a la necesidad de **adecuación, adaptación, y servicio continuo** en un debido funcionamiento de la administración pública, la cual se vería imposibilitada la continuidad y eficiencia de sus funciones, por la obstaculización de servidores propios que le permitan desarrollar adecuadamente la labor notarial mediata e inmediata que requiera.

- No debe verse la autorización normativa, que permite el ejercicio del notariado a los funcionarios públicos, como desmedida, ni tildar a dichos funcionarios como personas proveídas de mala fe, sino que, más bien, el ejercicio del notariado, debe ser un efecto de dicha función para los servidores que reúnan los requisitos, los cuales tienen a su favor tanto la ética profesional como los principios administrativos de obediencia y desobediencia, al amparo del **principio de inamovilidad** que establece nuestra C.P. en sus artículos 191 y 192; además debe recordarse que la buena fe se presume, y la mala fe debe demostrarse.

DENTRO DEL ANÁLISIS PROPIO DEL ESPÍRITU DE CREACIÓN DE LA
NORMATIVA QUE LIMITA EL EJERCICIO DEL NOTARIADO PARA EL
FUNCIONARIO PÚBLICO, ASÍ COMO LA JURISPRUDENCIA SE CONCLUYE
QUE:

- Dentro de la función notarial, se regulan dos tipos de ejercicios:
 - o El ejercicio privado (o liberal), por persona autorizada para tal fin, cuya responsabilidad es personal, lo mismo que los beneficios económicos en el cobro de honorarios.
 - o El ejercicio públicamente (limitado al no ejercicio externo del notariado), por los funcionarios públicos, bajo su absoluta responsabilidad, y exclusivamente para el patrono público, no pudiendo cobrar honorarios, sino devengando salario en relación laboral.
- De toda la normativa, jurisprudencia y doctrina transcrita, en vigencia del Código Notarial, se evidencia la regulación tácita de la mala fe del

funcionario público, al cual no se le considera capaz de diferenciar entre la labor de abogado y la imparcialidad del notario.

- Que si tratándose de la aplicación del principio de mala fe, y no del de buena fe, que es el que legalmente debe regir, se podría considerar, entonces, que es más seguro que un funcionario público aplique el principio del "Deber de no obedecer" regulado en los artículos del 108 al 110 de la L.G.A.P., al amparo del "principio de inamovilidad" que le respalda, de conformidad con el artículo 192 de la C.P., contra su patrono, en el caso del respeto absoluto al principio de imparcialidad en materia notarial, que un trabajador privado, que ejerza dicha función notarial, así contratada, pues su estabilidad laboral es más riesgosa.

- Que si los **Munuera pública** son profesionales que ejercen diversas actividades que mantienen condición de fe pública, es discriminatorio únicamente aplicar en forma irrestricta la suspensión del ejercicio del notariado en forma absoluta, sin considerar las

excepciones que la misma y actual normativa contempla, para los funcionarios públicos.

- Que los **Principios de idoneidad, eficiencia, continuidad, etc.**, que rigen en el sector público, se verán obstaculizados al impedir, tajantemente, la contratación de funcionarios que efectivamente puedan ejercer la función de abogados y notarios para la administración pública, en donde esta así lo requiera y según las condiciones que establece el mismo cuerpo normativo (C.N.)

EN FORMA GENÉRICA SE CONCLUYE:

1. El ejercicio profesional constituye una libertad fundamental. Por ende, está sujeto a los principios que informan el régimen constitucional de los derechos fundamentales.

2. Lo anterior implica que las restricciones al ejercicio profesional deben ser establecidas, en forma objetiva, por ley no por norma reglamentaria.

3. Con fundamento en el artículo 49 de la Ley de Administración Financiera de la República, párrafo tercero, y de las disposiciones que contiene el Capítulo II, Título I del nuevo C.N., especialmente lo previsto en el inciso b) del artículo 7, y párrafo segundo del artículo 8 *in fine*, ningún funcionario público o notario nombrado por la administración pública, bajo el supuesto del artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa, puede percibir otra clase de remuneración que no sea el salario o dieta.

4. Si bien es cierto que de conformidad con el Principio estipulado en el artículo 8 del Código Civil en tanto **"Las leyes sólo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario. La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá**

también a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior", toda aquella normativa que se le oponga al nuevo C.N. resulta derogada al momento de su vigencia¹⁹⁹, no obstante, no debemos olvidar la teoría de Kelsen, al establecer que "...una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez"²⁰⁰. Esta es compartida por otros doctrinarios al indicar: "...la eficacia de las normas se refiere exclusivamente al cumplimiento real de Derecho en el seno de la sociedad (...). Básicamente la eficacia consiste en la conformidad o adecuación de la conducta de los destinatarios con lo que la norma prescribe".²⁰¹

Al analizar el período jurídico de la actividad notarial para el funcionario público, previamente a la vigencia

¹⁹⁹ En igual sentido ver, BRENES CÓRDOBA (Alberto). Op. cit. "La derogación puede ser expresa o tácita, según que se haga en términos explícitos, o que resulte de la incompatibilidad de la ley nueva con otra anterior, pues es principio inconcuso que las nuevas leyes destruyen las precedentes en todo aquello en que les fueren opuestas". p.47.

²⁰⁰ KELSEN (Hans). "Teoría pura del Derecho". Editorial Universitaria de Buenos Aires, año 1960, Pág. 36. Asimismo ver páginas 142 a 146.

²⁰¹ SEGURA ORTEGA, (Manuel). "Teoría del Derecho". Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991. Pág. 143. (Nota tomada de la antología del curso: "Principios Fundamentales de Derecho Constitucional" de la Maestría en Derecho Constitucional. Año 2002. UNED. Costa Rica.

del C.N., se puede concluir que la teoría de Hans Kelsen, que mantiene la idea de la ineficacia de una norma por su inaplicación en el tiempo, se comprueba actualmente en este tema en particular; ya que, a pesar de que algunos decretos de aranceles autorizaron el ejercicio notarial para el funcionario público mediante ciertas circunstancias, fue mayor la tesis jurisprudencial de la imposibilidad de este ejercicio; sin embargo, esta normativa fue inaplicada por las mismas instituciones del Estado y en consecuencia, este mismo tácitamente así la deroga, al mantener laborando, en su ámbito interno, a funcionarios que ejercen esta función.

Es importante destacar que, en materia de Derecho Administrativo, por ser esta una materia especial, rige el principio de legalidad, regulado en el artículo 11 de la Constitución Política y 11 de la L.G.A.P., sin dejar de lado **"el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos"**²⁰²; este principio se regula en el

²⁰²

"Artículo 13 .-

1.- La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlo ni desaplicarlos para casos concretos.

2.- La regla anterior se aplicará también en relación con los reglamentos, sea que éstos provengan de la misma autoridad, sea que provengan de otra superior o inferior competente".

artículo 13 de la misma ley y expresa la necesidad de aplicación de las normas, a todos los administrados por igual, sin poder desaplicarlos para casos concretos, puesto que al desaplicar esta ley a favor de una sola persona, tiene como efecto la desaplicación para todos los demás y esta es la base en la que se fundamenta la teoría de Kelsen, sin dejar de lado, la **costumbre como fuente del derecho administrativo**, que se ha venido dando desde muchos años atrás y que permite el ejercicio notarial a los funcionarios públicos. No obstante, en casos particulares, tales como en la resolución n°. 88-89 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, es clara la autorización del ejercicio del notariado a algunos funcionarios públicos, los cuales devengan salario en su función de abogados y honorarios en la función notarial como notarios internos. Ejemplo: abogados y notarios del INVU (Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo).

5. Con el nuevo C.N., ningún funcionario de la Administración Pública puede ejercer el notariado, excepto aquellos que, en forma taxativa, se enumeran en

el artículo 5, 7 inciso f, y 8 ibid, en relación con el artículo 67 y 69 de la L.C.A.

6. Al amparo del nuevo C.N., se puntualiza, en forma general, la improcedencia de pagar a un funcionario público, cualquiera que sea este, una clase de remuneración diferente al concepto del salario o dieta, por ser estos los únicos autorizados legalmente para retribuir los servicios prestados a la administración pública en su totalidad; circunstancia que, de todas maneras, se establece en el párrafo tercero del artículo 49 de la Ley de Administración Financiera de la República, y que retoma, en su normativa, el C.N. vigente, tal y como se desprende del inciso b) de su artículo 7, así como, del párrafo segundo, del artículo 8, del mismo cuerpo normativo.

7. De la relación de las citadas normas, se considera que, ni siquiera a los notarios contratados según la modalidad del artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa y 69.2 de su Reglamento, podrían devengar

honorarios por la prestación de la labor notarial en el sector público. Notarios que, son nombrados en las mismas condiciones que los funcionarios usuales de la administración, retribuidos solamente por un sueldo fijo.

8. Que, a partir de la puesta en vigencia del C.N., específicamente, en lo que atañe a los numerales 7, inciso b) y 8, párrafo segundo, queda prohibido expresamente a todos los funcionarios públicos que reciban salario o dieta, cobrar honorarios a la administración pública o a terceros, cuando deban realizar actos o contratos notariales donde se tengan como parte al Estado (patrono).

9. Toda normativa ²⁰³ que se apoya el estado para el reconocimiento del pago de honorarios a los funcionarios públicos que prestan sus servicios de notariado, queda

²⁰³ Por ejemplo: ver oficio n°. 10801 de 9 de octubre de 1986, vertido por la C.G.R. y acuerdo n°. 2861, celebrado en la sesión ordinaria n°. 34-93 de la Autoridad Presupuestaria y otras disposiciones reglamentarias que no es del caso enunciar aquí.

insubsistente a partir de la vigencia del cuerpo legal”²⁰⁴.

10. Se da la posibilidad, prevista por el ordenamiento jurídico, de contratar a notarios como funcionarios dentro de la administración pública, a la luz y con la autorización dada por el numeral 67 de la Ley de la Contratación Administrativa (véase, entre otros, los pronunciamientos OJ-008-99, C-071-99, C-073-99, C-146-99, C-179-99 y C-232-98), así como el informe rendido ante la Sala Constitucional, actuando en su condición de órgano asesor imparcial de la misma -Ministerio Público de la Constitución-, en la acción de inconstitucionalidad n°. 01-003907-007-CO promovida por el Dr. Enrique Rojas Franco, en su condición de apoderado especial judicial del Lic. Luis Ocampo Fallas, contra la directriz de la Dirección Nacional de Notariado n°. 2000-006 de las 10:00 horas del 22 de agosto de 2001).

²⁰⁴ Ver conclusiones de dictamen n°. C-232-98 de 4 de octubre de 1998, de la Procuraduría general de la República.

11. Al respecto de la violación a los **principios de legalidad, igualdad, derecho al trabajo**, la P.G.R., actuando como órgano asesor imparcial de la Sala Constitucional, brinda informe consultivo²⁰⁵ que comparte nuestra tesis, según indica como sigue:

Expediente: 01-003907-0007-CO

Fecha entrada: **27/04/2001**

Clase de asunto: **Acción de inconstitucionalidad**

Fecha notificación: **21/06/2001**

Accionante: **ENRIQUE ROJAS FRANCO**

Procuradores Informantes

Lic. Geovanni Bonilla Goldoni

Licda. Ana Paula Hernández Cordero

Fecha del informe: 11/07/2001

²⁰⁵ Informe consultivo de la Sala Constitucional que consta en los anexos de este trabajo de investigación.

Texto del informe

Dicho texto indica en lo que interesa:

" II.- DIRECTRIZ IMPUGNADA

La directriz N ° 2000-006 de las 10:00 horas del 22 de agosto del 2000, publicada en el Boletín Judicial N° 26 del 6 de febrero del 2001, indica en su Por Tanto lo siguiente:

"Por Tanto:

Todo servicio que brinda el notario público debidamente habilitado, según lo establece el régimen jurídico vigente sólo puede ser retribuido con honorarios, en consecuencia no podrá el fedatario público brindar ese servicio en forma gratuita, ni bajo salario o retribución fija. La cesión parcial de honorarios constituye práctica desleal en el ejercicio de la profesión y éstos sólo podrán cederse íntegramente entratándose de colegas. Quien no se ajuste a las regulaciones vigentes para cobro de honorarios notariales, podrá ser sujeto del régimen disciplinario.(...)"

Para llegar a lo anterior, la Dirección Nacional de Notariado tomó en consideración los siguientes argumentos y fundamentos, los cuales nos permitimos transcribir en lo conducente:

"Resultando:

1° Que la Dirección Nacional de Notariado tiene como fin la vigilancia y control de toda la actividad notarial en el territorio nacional

2° Que el Código Notarial reservó en esta Dirección la PC reglamentaria en aspectos propios de la función notarial, y el artículo Incisos d) y m), de ese cuerpo legal, le atribuye competencia para lineamientos de acatamiento obligatorio, para que los notarios prestar servicios a los usuarios en forma eficiente y segura, por cumplimiento deberán velar las oficinas públicas encargadas de recibir y tramitar los documentos notariales y resolver las gestiones o cuestiones planteadas respecto de la actividad notarial.

3º- El cobro de honorarios ..., y;

Considerando:

(...)"

Teniendo presente la serie de consideraciones y fundamentos que tuvo presente la Dirección Nacional de Notariado para dictar la directriz que nos ocupa, los cuales han sido expuestos en lo conducente en la transcripción anterior, se considera pertinente seguidamente exponer la serie de argumentos y razonamientos jurídicos que, tanto la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia como esta misma Procuraduría General de la República (actuando tanto en su condición de órgano asesor superior consultivo de la administración pública como órgano asesor imparcial de la propia Sala Constitucional), han tenido para sostener la viabilidad legal y procedencia constitucional de que los notarios públicos estén posibilitados de recibir una remuneración fija-salario-, en el ejercicio de su función pública notarial dentro del ámbito de la administración pública. (Lo resaltado no es del original)

III.- JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA SOBRE EL ARTÍCULO 67 DE LA LEY DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA

La Sala Constitucional, en reiteradas ocasiones, ha reconocido y desarrollado lo estipulado en el artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa, el cual autoriza a las entidades públicas a contratar, bajo el régimen ordinario de nombramiento de funcionarios, a profesionales, entre ellos los notarios públicos, con la finalidad que estos les presten sus servicios profesionales, bajo un sueldo fijo y no por medio del pago de los honorarios establecidos por la tabla correspondiente.

En ese orden de ideas el voto N° 444-2000 de las 16:51 horas del 12 de enero del 2000 de la Sala Constitucional, indicó de manera expresa lo siguiente:

"I.- DEL FUNDAMENTO ÉTICO-CONSTITUCIONAL PARA EL NO PAGO DE HONORARIOS DE LOS ABOGADOS Y NOTARIOS QUE TRABAJAN EN UNA INSTITUCIÓN PÚBLICA. Por último, se impugnan los artículos 7 inciso b) y párrafo final del artículo 8 del Código Notarial, por no permitir que los notarios públicos que trabajan en instituciones públicas bajo el régimen de dedicación

exclusiva, cobren honorarios profesionales por el ejercicio del notariado.

"Artículo 7.- Prohibiciones. Prohibase al notario público:

[. . .]

b) Autorizar en la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas, de las cuales reciba salario o dieta, actos o contratos jurídicos donde aparezcan como parte sus patronos o empresas subsidiarias. No obstante, podrá autorizarlos siempre que no cobre honorarios por ese concepto.

Sin embargo, los notarios en régimen de empleo público podrán cobrar los honorarios correspondientes a los particulares, en los casos de formalización de escrituras relacionadas con los fondos de ahorro y préstamo que funcionen adscritos a cada institución, y no corresponda a la actividad ordinaria del ente patronal.

[. . .]"

"Artículo 8.- Regulaciones para la Administración Pública.

[. . .]

Cuando en los actos o contratos jurídicos en que sean parte el Estado, sus empresas, las instituciones autónomas y semiautónomas, sean autorizados por notarios que devenguen salario, dieta u otra remuneración de la institución respectiva, quien los autorice no podrá cobrar honorarios profesionales al Estado ni a terceros."

Los accionantes deben tener presente que la imposibilidad de cobrar honorarios no proviene de lo dispuesto en las normas impugnadas, sino que éste nace a partir de la promulgación de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, número 6872, de diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y tres, que dispone:

"Los funcionarios y empleados de los Poderes Públicos y de las instituciones autónomas, de las universidades y de las municipalidades, que devenguen porcentajes de su salario o sumas de otra índole como indemnización por el no ejercicio particular o privado de su profesión, **no tendrán derecho a percibir honorarios por los servicios profesionales que brinden en el ejercicio de sus**

funciones. Las sumas que correspondan al Estado por honorarios, se destinarán al fondo especial a que se refiere el párrafo primero del artículo 100 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa."

Si bien es cierto que el Banco Popular y de Desarrollo Comunal tiene una naturaleza especial, al categorizarlo como una "[. . .] **institución de Derecho Público no estatal**, con Personería Jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía administrativa y funcional", según lo dispone el artículo 2 de su Ley Orgánica, número 4351, de once de julio de mil novecientos sesenta y nueve, su funcionamiento -expresamente- está sujeto a las normas del Derecho Público, como lo dispone esa misma disposición, en virtud de lo cual, no puede entenderse que haya una excepción para la aplicación de esta normativa a los funcionarios del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, como lo había considerado la Procuraduría General de la República en la Consulta C-188-91, del veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y uno, toda vez que la interpretación auténtica a que hace referencia -artículo 16 de la Ley número 6999, de veintiocho de agosto de mil novecientos ochenta y cinco-, es únicamente respecto de la Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público, número 6995, y la que la contiene, sea la número 6999:

"Interprétanse auténticamente las disposiciones de la Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público, No. 6995 del 24 de febrero de 1984 y sus reformas, así como la presente ley, en el sentido de que se entenderá por instituciones públicas únicamente las estatales, salvo que expresamente se manifieste lo contrario."

Posteriormente, se promulga la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, reformada por la número 7612, de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis; que contiene una disposición bajo los mismos principios que rigen las normas en comentario, en cuanto dispone:

"Artículo 67.- Servicios profesionales con sueldo fijo.

Se autoriza a las entidades públicas para que, utilizando su régimen ordinario de nombramiento de funcionarios, contraten, con sueldo fijo, a los profesionales que requieran para formalizar las operaciones, los avalúos, los peritajes, la atención de diligencias judiciales o administrativas o

cualquier otro tipo de intervención profesional relacionada con los servicios que brindan.

Para esos efectos, no operará el pago que rija por concepto de honorarios para la prestación de la actividad. La institución no trasladará el costo de la contratación de esos profesionales al usuario de los servicios; pero sí deberá cobrar los demás costos implícitos, cuando deba inscribirse el documento respectivo o se requiera pagar algún tipo de tributo."

Se repite, todas estas disposiciones, tienen un hondo contenido ético y moral, que en este punto está en estrecha relación con el principio de la sana administración de los fondos públicos. Es importante recordar que la contratación de servicios profesionales de abogado y notario puede realizarla la Administración Pública por dos vías: como servidores de la institución mediante un contrato laboral cuya remuneración será un salario, y una compensación económica si se firma el contrato de dedicación exclusiva -supuesto que es el que interesa en esta acción-; y la contratación de profesionales en derecho -abogados y notarios- para que presten estos servicios en forma externa, mediante un contrato administrativo de servicios profesionales. En el primer supuesto, se crea una relación laboral, de subordinación del profesional a la institución, la cual es retribuida mediante el pago de un estipendio de naturaleza salarial establecido de previo, el cual no permite al servidor de ninguna otra remuneración por los servicios que presta. Nótese que si el profesional fue contratado en su condición de abogado y notario, le corresponde la confección y redacción de contratos, autenticación de firmas, la representación de los intereses o causas de la institución para la que labora en los tribunales de justicia, la cartulación, estudios de registro, etc.; funciones en la que está implícitamente la de dar asesoría en el campo de su especialidad, es decir, a brindar el consejo técnico que se le solicite. Es por ello que para estos abogados -los de planta-, resulta improcedente el cobro de honorarios por los procesos judiciales que deban atender, toda vez que estas tareas no generan absolutamente ningún derecho al cobro de honorarios a favor de los abogados que sean funcionarios de la entidad, ya que las mismas ya son retribuidas en su salario; si se les pagaran estos honorarios, estos profesionales estarían percibiendo un salario y honorarios profesionales por el mismo trabajo para el que fueron contratados, lo cual a todas luces es improcedente e ilógico. Cabe concluir entonces, que

independientemente de la denominación que se utilice en el manual descriptivo -sea como asesor o como abogado, o notario-, si el puesto tiene como parte de sus funciones la de atender la tramitación de los procesos tanto ejecutivos como ordinarios en lo que figure la institución pública para la que labora, la redacción de escrituras públicas, formalización de créditos, realización de estudios registrales y demás actos jurídicos en los que participe la institución en la y los actos institución pública para la que laboran, es evidente que el profesional no podría percibir los honorarios, pues esos servicios profesionales se entienden remunerados con el salario; por ello es necesario que el contenido de las obligaciones que asume el servidor contratado estén claramente especificadas, sea en el contrato laboral o en el manual descriptivo de puestos. (En este mismo sentido se ha manifestado la Contraloría General de la República (en oficios número 2328-93 y 5865-95, y la Procuraduría General de la República en los dictámenes número C-13-89, C-83-91 y C-112-93)).

Por último, debe tenerse en cuenta que el párrafo segundo del artículo 7 del Código Notarial contiene una excepción a esta prohibición genérica, en relación con determinadas actividades notariales, sea la formalización de escrituras relacionadas con fondos de ahorro y préstamo que funcionen adscritos a la institución y que no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal. Lo anterior se justifica plenamente, por cuanto existen instituciones, como las entidades bancarias o de ahorro y préstamo, entre las que está -precisamente- el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, cuyo objetivo primordial es la "protección económica y bienestar de los trabajadores" a través del ahorro y la concesión de créditos personales (artículo 2, párrafo segundo de su Ley Orgánica, número 4351), lo que haría que los funcionarios que laboran en este tipo de instituciones pudieran cobrar honorarios por el normal desempeño de sus funciones, es decir, para las que fueron expresamente contratados, lo que se repite, constituiría un doble pago por la misma función. Para mayor comprensión de la norma impugnada, debe partirse de lo que significa el término jurídico-administrativo de "actividad ordinaria de la Administración", para lo cual, remitimos a los accionantes a lo considerado en sentencia número 06754-98, de las quince horas treinta y seis minutos del veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, en que se refirió a este concepto en forma pormenorizada de la siguiente manera:

"En este sentido, es precisamente el artículo 96 inciso a) punto 1) de la Ley de la Administración Financiera de la República -impugnado en esta gestión de inconstitucionalidad-, la disposición normativa que definía los alcances de ese concepto, remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 199 del Reglamento de la Contratación Administrativa (Decreto Ejecutivo número 7576-H, de veintitrés de setiembre de mil novecientos setenta y siete) - también impugnado en esta acción- en cuanto decía:

«Para los efectos indicados se entiende como actividad ordinaria, sólo la que realiza la Administración Pública dentro del ámbito de su competencia a través de una actividad o servicio (prestación última para el cumplimiento de sus cometidos) cuya relación contractual constante o frecuente con los usuarios, tanto como el dinamismo que la naturaleza de su tráfico le impone, resultan incompatibles con el procedimiento usual de concurso. (...)" (Lo resaltado es del original) (Veáse en ese mismo sentido los votos N° 8320-97 de las 12:12 horas del 05 de diciembre y 418-2001 de las 15:17 horas del 16 de enero del 2001)

Dentro de esa misma línea de pensamiento, la Procuraduría General de la República ha reconocido la viabilidad de lo expuesto por parte del supra citado artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa, el cual autoriza a las entidades públicas contratar profesionales a sueldo fijo. Así tenemos la Opinión Jurídica No. OJ-008-99 de 11 de enero de 1999, que indicó lo siguiente:

"En otro orden de cosas, con la puesta en vigencia de la Ley de la Contratación Administrativa, el Estado se pone claro, en la facultad de contratar los servicios profesionales de un notario a sueldo fijo, según lo podemos notar del numeral 67 de ese cuerpo legislativo, cuando establece:

Artículo 67.- Servicios profesionales con sueldo fijo: (...)"

Dentro de ese contexto legal, el artículo 69.2 de su Reglamento (...) prescribe: (...)"

De lo anteriormente transcrito, se comprende lo que dispone el artículo 7, inciso b), párrafo segundo del Código Notarial de referencia, cuando prescribe que "los notarios en régimen de empleo público podrán cobrar los honorarios correspondientes a los particulares, en los casos de formalización de escrituras relacionadas con los fondos de ahorro y préstamo que funcionen adscritos a cada institución, y no correspondan a la actividad ordinaria del ente

patronal.", lo cual quiere decir que, el notario contratado por la Administración Pública no devengaría otra remuneración que el salario preestablecido legalmente, salvo si realiza alguna tarea notarial en los organismos que tienen a cargo esa clase de fondos, entonces solo en ese caso, podría cobrar honorarios. En ese sentido, se logra extraer de las actas de la Asamblea Legislativa en torno al punto en discusión, así:

" ...tan es así la buena fe de la comisión redactora, que por ejemplo, en el artículo 9 establecemos la posibilidad de que el Estado, las instituciones descentralizadas y las empresas públicas tituladas como sociedades anónimas puedan nombrar notarios a sueldo fijo. Nos evitamos de esa forma los notarios externos, por decirlo así, del Sistema Bancario Nacional. Eso a quién va a beneficiar? Al cliente del banco, al cliente de la institución. Los notarios de las instituciones del Estado por lo general han abusado en las funciones de sus cargos, nos hemos encontrado instituciones en donde los notarios de la institución o el departamento legal obliga a protocolizar el acto de una adjudicación de una licitación, y cobra honorarios sobre el monto de la adjudicación, y eso no tiene ninguna razón de ser, ningún sentido. La intención de nosotros en esta disposición es que el Banco Nacional tenga un cuerpo de cincuenta notarios a sueldo fijo, así el cliente no paga honorarios de notario..." (Ver, Expediente No. 10.102, folios 124 y 125)

En consecuencia, del espíritu del nuevo Código Notarial, se logra extraer, con determinante precisión, que todo servidor común y corriente de la Administración Pública, aún en aquéllos supuestos contratados como notarios, bajo la modalidad de un nombramiento usual, no pueden devengar, por la prestación de sus servicios ordinarios, otra retribución que no sea el salario o dieta. Así lo contiene, de por sí, el párrafo tercero del artículo 49 de la Ley de la Administración Financiera de la República, como lo señalaremos en la posterior sección" (en particular, téngase presente también en este mismo sentido lo consignado en el dictamen de Procuraduría No. C-232-98 de 4 de octubre de 1998)

Esta Opinión Jurídica fue retomada en el Dictamen N° C-160-99 del 10 de agosto de 1999, en la cual se estableció lo siguiente:

"C.- SALARIO: Lógicamente, como contraprestación de sus servicios, el servidor es retribuido mediante el salario correspondiente al cargo.

2.- A contrario sensu, si faltare alguno de esos elementos, la relación habida entre el empleado y el Estado sería de otra clase, más no, una relación de trabajo pura y simple. Verbigracia, la contratación por servicios profesionales o técnicos, en cuyo caso, la doctrina se ha ocupado de analizarla, así:

"La forma de remunerar los servicios prestados es quizás, en el caso de los profesionales liberales, la nota distintiva que permitiría distinguir si entre las partes existe un contrato de trabajo o no. Diluida la subordinación por la independencia técnica en que se encuentra quien presta el servicio, la retribución fijada por el profesional libremente, en forma de honorarios, revela que el médico, el abogado, el ingeniero, etcétera, están actuando como tales profesionales liberales: en tanto que cuando la remuneración ha sido dispuesta por el empresario y tiene carácter fijo, por más que se la llame honorarios, la misma no tiene de tales más que el nombre. Los honorarios son fijados libremente por el profesional, que establece según su honor el mérito de su trabajo. He ahí la distinción que puede permitir mejor la calificación de los servicios prestados cuando se trate de quienes ejercen una profesión liberal ".(CABANELLAS (Guillermo) Tratado de Derecho Laboral, Tomo II, Edición Eliastra S.R.L. 1988. P. 179.)

De lo anteriormente expuesto se explica, que uno de los presupuestos importantes definidores de una "contratación por servicios profesionales o técnicos", lo es, el tipo de pago que se le hace al contratista(7). Ello, como contraprestación de la tarea especial a que se obliga cumplir, de acuerdo con los términos preestipulados en el convenio suscrito entre ambas partes. Generalmente esa retribución es denominada "honorarios", la cual, es fijada libremente por los contratantes, según las reglas tarifarias que para esos efectos existen.

NOTA (7): Claro está, siempre y cuando no esté presente la subordinación que califica a la relación de trabajo común.

Al mismo tiempo, se expone en la comentada doctrina, que esa figura contractual podría darse también, bajo la modalidad de una relación de servicios pura y simple, cuando de su propio contenido se desprende además la dación de una remuneración fija.

Esa forma de razonamiento, se plasma, fundamentalmente, en los artículos 64, 65 y 67 de la Ley de Contratación Administrativa(8), lo siguiente:

NOTA (8): Ley 7494 de 03 de mayo de 1995.

"Artículo 64. Procedimiento de contratación de servicios.

Los servicios técnicos o profesionales, a cargo de personas físicas o jurídicas, se contratarán por los procedimientos de licitación pública, licitación por registro o licitación restringida según corresponda, de acuerdo con el monto."

"Artículo 65.- Naturaleza

La contratación de servicios técnicos o profesionales no originará relación de empleo público, entre la Administración y el contratista, salvo en el caso del primer párrafo del artículo 67 de esta Ley."

"Artículo 67.-Servicios profesionales con sueldo fijo

Se autoriza a las entidades públicas para que, utilizando su régimen ordinario de nombramiento de funcionarios, contrate, con sueldo fijo, a los profesionales que requieran para formalizar las operaciones, los avalúos, los peritajes, la atención de diligencias judiciales o administrativas o cualquier otro tipo de intervención profesional relacionada con los servicios que brindan." Para esos efectos, no operará el pago que rija por concepto de honorarios para la prestación de la actividad. La institución no trasladará el costo de la contratación de esos profesionales al usuario de los servicios, pero sí deberá cobrar los demás costos implícitos, cuando deba inscribirse el documento respectivo o se requiera pagar algún tipo de tributo."

Como ha quedado evidenciado de los textos legales transcritos, en nuestro ordenamiento público existen dos opciones para la contratación especial de servicios de análisis; siendo la primera, la de una típica "contratación de servicios técnicos o profesionales" donde no media ninguna clase de relación de empleo público, pues los profesionales son contratados por la figura procedimental de la "licitación" ya sea pública, por registro o por

licitación restringida, ateniéndose los participantes a las prohibiciones generales del artículo 22 de la Ley de estudio. En cambio, no sucede, igual, en la contratación de "servicios profesionales con sueldo fijo", ya que son nombrados por el propio procedimiento que se utiliza para los funcionarios comunes y corrientes; sujetos, por ende, al régimen de empleo público, como, claramente lo prescribe el artículo 69.2 del Reglamento(9) de la citada Ley de la Contratación Administrativa, que en lo conducente dice:

"...salvo si la contratación se celebra en los términos de los numerales 69.5 y 69.6, en cuyo caso los profesionales o técnicos quedan sujetos a una relación de empleo público remunerada con sueldo fijo." (Lo resaltado en negrita no es del texto original)

NOTA (9): Decreto No. 25038-H de 6 de marzo de 1996.

3.- Con la salvedad de las contrataciones por servicios profesionales previstos en el artículo 65 de la, tantas veces, citada Ley de la Contratación Administrativa, hay que decir que, existen disposiciones, claras y precisas en el Orden Jurídico Público que no permiten una retribución distinta a los funcionarios por los servicios ordinarios prestados a la Administración Pública, más que, los autorizados por el artículo 49 de la Ley de la Administración Financiera de la República, y retoma, después, el artículo 67 de la supra-citada normativa para la contratación de servicios profesionales con sueldo fijo.

Importante es acotar lo estipulado en el último numeral de mención (el cual se transcribió en el anterior acápite) en el sentido, de que ni siquiera los profesionales técnicos, contratados por la Administración Pública, a través de una relación de empleo público, podrían ser pagados con otro tipo de retribución que no sea con un sueldo fijo. Menos aún, se permite devengar honorarios a los funcionarios comunes y corrientes por el cumplimiento de la función pública, ya que, precisamente, para eso, fueron nombrados en determinados puestos con su respectiva retribución salarial.

El hecho de que algunos abogados de la función estatal, por diversas razones, no devengan algún

tipo de sobresueldo que les compense económicamente "el no ejercicio particular de su profesión", no les justifica (vía legal) para cobrar emolumentos diferentes de los que tiene previstos la Administración para el cumplimiento de sus labores; que, en todo caso, en virtud de las disposiciones legales de cita, el funcionario está obligado a cumplir con las reglas que imperan en la relación de servicio habida entre él, y el Estado, por mandato de los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Carta Magna.

En un caso similar al de examen, esta Procuraduría General de la República, mediante el Dictamen No. C-031-89 de 12 de enero de 1989, ya había indicado que:

" a) (...)tanto el Jefe del Departamento Legal, como el Abogado del "(...)" fueron contratados, entre otras cosas, para "atender y llevar juicios varios", como textualmente lo reza el Manual Descriptivo de Puestos de dicha Institución. Quiere ello decir, que los abogados del "(...)" además de ser asesores técnicos, deben encargarse de la tramitación e interposición de procesos, en los que sea parte el patrono; sin posibilidad de cobrar los honorarios correspondientes a los mismos. b) Ello es así, además, en virtud de que dichos funcionarios estarían recibiendo un salario y honorarios profesionales, por el mismo trabajo para el cual fueron contratados. Así las cosas, la respuesta a la primera de sus dudas es negativa. Es ilegal que un abogado contratado para ser asesor técnico y, al mismo tiempo, para llevar y tramitar procesos en que sea parte su patrono, reciba el salario y honorarios profesionales, por la tramitación de dichos procesos (...)" (Veáse en este mismo sentido el dictamen N° C- 240- 99 del 8 de diciembre de 1999).

De conformidad con lo expuesto anteriormente, es dable reafirmar nuevamente que, conforme con la reiterada doctrina desarrollada tanto por la Sala Constitucional como por misma Procuraduría General de la República, se puede concluir que la Administración Pública está posibilitada legalmente para contratar profesionales en derecho -abogados y notarios- como funcionarios públicos, a los cuales se les puede pagar un salario o sueldo fijo, por el ejercicio y prestación de sus servicios profesionales, todo lo cual es jurídica, legal y constitucionalmente consecuente, congruente y armonioso con su misma naturaleza jurídica.

IV.- CON RESPECTO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La Constitución Política en su artículo 11 consagra el principio de legalidad (el cual, a su vez, es desarrollado en el numeral 11 de la Ley General de la Administración Pública), en el cual se establece que: "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución Política y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública."

Este principio significa que la Administración Pública está sometida al bloque de legalidad y que por lo tanto únicamente puede hacer todo aquello que expresamente le esta permitido o autorizado por el ordenamiento jurídico.

A su vez, debe tenerse presente que el principio de legalidad también tiene relación con el hecho de que la Administración debe respetar dicho bloque de legalidad conforme con la jerarquía normativa, en particular al momento de dictar la normativa secundaria o reglamentaria que desarrolla aquella que constituye su norma habilitante, sea que se trate de un reglamento, decreto, directriz, etc.

Lo anterior significa que la directriz N° 006-2000 dictada por la Dirección Nacional de Notariado, debe necesariamente ajustarse al contenido estipulado por la ley ordinaria aprobada por la Asamblea Legislativa.

En ese sentido, el Código Notarial, Ley N° 7764 del 17 de abril del 1998, publicado en La Gaceta N° 98, Alcance N° 17 del 22 de mayo del mismo año, estipula en su artículo 3° los requisitos que debe cumplir todo abogado para ejercer el notariado público, entre ellos: ser de buena conducta, no tener impedimento legal para el ejercicio del cargo, ser Licenciado en Derecho graduado de una universidad reconocida por las autoridades educativas, poseer residencia fija en el país, tener oficina abierta al público en Costa Rica, hablar, entender y escribir español.

Asimismo en el artículo 4°, en lo que nos interesa, establece como impedimento al abogado y notario que ejerza un cargo dentro de cualquier dependencia del sector público, **el ejercicio externo del notariado**. Lo anterior se relaciona con el numeral 7, el cual prohíbe al notario autorizar a la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas, de la cual reciba salario, dieta o algún tipo de prohibición o dedicación exclusiva, actos o contratos jurídicos donde aparezcan como parte sus patronos o empresas subsidiarias.

Solamente podrá autorizarlas siempre que no cobre honorarios por ese concepto.

Conforme con lo anterior, el artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa, Ley N° 7494 del 2 de mayo de 1995, establece que las entidades públicas, están autorizadas a contratar profesionales, bajo el régimen ordinario de funcionarios públicos, para que les presten sus servicios, pagándoles un sueldo fijo o salario y no honorarios.

En ese sentido, vemos como el mencionado artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa es conforme con el Código Notarial, pues establece, en el caso que nos ocupa, que el abogado y notario contratado por la Administración Pública y que por lo tanto es un funcionario público, al que se le paga un rubro de dedicación exclusiva o prohibición por el ejercicio externo de su profesión, puede prestar dichos servicios al Estado, sea de abogado o notario, el cual le cancela por dichas funciones un salario o sueldo fijo y no honorarios. Es así como se puede afirmar que dicho artículo 67 respeta el bloque de legalidad, preservando el principio de legalidad, pues aunque es una norma anterior al Código Notarial, no lo contradice, sino que son normas complementarias.

De lo expuesto se puede concluir que la directriz en estudio, al prohibirles a los notarios -funcionarios públicos- que le presten sus servicios notariales a la Administración Pública, bajo la modalidad de sueldo o salario fijo e incluso sancionándolos disciplinariamente si lo hacen, se contrapone abiertamente a lo indicado en el artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa, el cual, como vimos, autoriza expresamente a las entidades estatales públicas a realizar la contratación de profesionales en ese sentido.

Es por ello que a criterio de esta Procuraduría General de la República, la directriz N° 2000-006, dictada por la Dirección Nacional de Notariado, transgrede el artículo 11 de la Constitución Política, en virtud de que viola dicho principio de legalidad, particularmente el contenido del Código Notarial y de la misma ley de Contratación Administrativa, al apartarse del marco de referencia normativo establecido expresamente por dicha normativa legal.

Por conexidad, esta Procuraduría General de la República hace notar a la Sala Constitucional, actuando en su condición de órgano asesor imparcial de la misma, que en este mismo sentido existen los artículos 7 inciso o), y el párrafo final del artículo 11 del Reglamento de Fiscalización Notarial a lo Interno y Externo de la Dirección Nacional de Notariado, directriz No. 1-2001 de las 10:00 del 30 de enero del 2001, en los que se advierte

de manera explícita que el único régimen aplicado a los señores notarios públicos es el de honorarios, y nunca la contratación bajo retribución fija, con las excepciones que establece el Código Notarial y la directriz aquí impugnada por inconstitucional.

V.- EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

La Constitución Política consagra el principio de igualdad en su artículo 33, al establecer que *"todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana"*

En un primer orden de ideas, este principio significa que el ordenamiento jurídico no debe distinguir entre dos o más sujetos que se encuentren en una situación jurídica análoga. En ese sentido, este principio se viola si una ley, reglamento o directriz -como es el caso-, otorga un trato distinto o discriminatorio, sin ningún motivo, a personas que se encuentren en igualdad de situaciones.

Coincidente con lo expuesto, la Sala Constitucional, ha sido consecuente en afirmar lo siguiente:

"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 puedan existir, o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo ha dicho la Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de la justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que debe 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." (Voto N° 5797-98 y en igual sentido los votos N° 1019-97, N° 1770-94, N° 1045-94 y N° 316-93)

De lo anterior podemos colegir, tal y como lo hemos venido manifestando, que el principio de igualdad no debe ser considerado de modo absoluto, sino bajo una perspectiva relativa; por lo tanto la aplicación de la norma depende de las particularidades de cada situación; ésta se debe analizar bajo criterios de lógica, justicia, razonabilidad y proporcionalidad, atendiendo a esas particularidades que configuran cada caso.

Una vez analizado el significado y alcances del principio de igualdad, contemplado en el numeral 33 de la Constitución Política, a la luz de la doctrina y jurisprudencia dictada reiteradamente por la Sala Constitucional, resulta importante dilucidar los alcances del decreto ejecutivo impugnado, en relación con este principio constitucional.

Como se ha indicado líneas atrás, la directriz N° 2000-006 establece que el notario no puede ser contratado como funcionario público por la Administración para realizar una labor notarial para su patrono, si esta bajo la modalidad de sueldo fijo. Considera de carácter obligatorio que el servicio que brinda sea remunerado por honorarios, caso contrario se le aplicaría una sanción administrativa al profesional.

Es por ello que este órgano asesor imparcial de la Sala Constitucionales del criterio que dicha directriz viola el principio de igualdad, en virtud de que se le impide a los notarios públicos que se encuentran laborando en entidades estatales, el que puedan seguir ejerciendo su función notarial, por la circunstancia de que están recibiendo por ello una retribución fija o salario, poniéndolos así en una posición de desigualdad con respecto al resto de los notarios que ejercen su profesión de manera liberal y externa y que perciben por ello honorarios.

VI.- CON RESPECTO AL DERECHO DEL TRABAJO

La Constitución en su numeral 56 contempla el derecho del individuo atener un trabajo y la posibilidad de elegir libremente las funciones que se desean realizar.

En ese sentido establece:

"El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben libertad o la dignidad del hombre o

degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo."

Tal y como se desprende de la lectura del artículo anterior, éste contempla dos aspectos, uno es el derecho de toda persona de poder trabajar y el otro aspecto, es que el Estado garantiza la libre elección al trabajo, lo cual significa que el individuo tienen la posibilidad de escoger entre una serie de opciones, la labor quiere desempeñar.

Al respecto la Sala Constitucional ha indicado en el voto N° 0110-98 de las 10 horas 27 minutos del 9 de enero de 1998, lo siguiente:

"El trabajo es un derecho del individuo y una obligación de éste con la sociedad, y el Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil. La libre elección de una ocupación significa que no puede forzarse a un ciudadano a desempeñar labores que no desee realizar, a tenor de lo preceptuado por el artículo 56 de la Carta Magna. Sin embargo no significa que se trate de un derecho absoluto, pues no es posible por razones obvias. Hay restricciones ilícitas, originadas en la misma Constitución, legitimadas por el ordinal 28 que establece los límites a las libertades, al consignar que: las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a terceros, están fuera del dominio de la ley" (En sentido similar ver el voto 0789-94)

De conformidad con lo expuesto, este órgano asesor imparcial de la Sala Constitucional considera que la directriz limita, injustificada, irrazonable y desproporcionadamente la libertad del ejercicio profesional del notario público, para llevarlo a cabo dentro de la Administración Pública, siendo a su vez funcionario público, en virtud de que se le impide dicho ejercicio profesional por la circunstancia de que recibe un salario o sueldo fijo por ello.

En ese sentido valga recordar lo ya indicado, con respecto a que la Ley de Contratación Administrativa autoriza a las entidades estatales a contratar profesionales como funcionarios públicos y con sueldo fijo.

En otras palabras, se está estableciendo una limitación al ejercicio de esta libertad por vía reglamentaria, que no está autorizada por ninguna norma legal habilitante; limitación que a todas luces reviene en irrazonable y desproporcional en los términos que lo ha expuesto la doctrina reiterada de la Sala Constitucional, por que se

considera que efectiva existe violación a la libertad de trabajo.

CONCLUSIONES

Considera la Procuraduría General de la República, actuando en su condición de órgano asesor imparcial de la Sala Constitucional, que la directriz N° 2000-006 dictada por la Dirección Nacional de Notariado, efectivamente quebranta los principios de legalidad, de igualdad, y de trabajo, tutelados por la Constitución Política y desarrollados por la doctrina de la Sala Constitucional.

Por conexidad y utilizando los mismos razonamientos y argumentos hasta ahora expuestos, considera la Procuraduría General de la República que igualmente existe violación constitucional por parte de los artículos 7 inciso o), y el párrafo final del artículo 11 del Reglamento de Fiscalización Notarial a lo Interno y Externo de la Dirección Nacional de Notariado, directriz No. 1-2001 de las 10:00 del 30 de enero del 2001, en los que se advierte de manera explícita que el único régimen aplicado a los señores notarios públicos es el de honorarios, y nunca la contratación bajo retribución fija, con las excepciones que establece el Código Notarial y la directriz aquí impugnada por inconstitucional."

- 12- La parte resolutive del voto constitucional n°. 5417-03, emitida el 25 de junio de 2003, el cual se encuentra en recolección de firmas desde el 10/07/2003, a la fecha del 26 de julio de 2003, incida lo siguiente:

VOTO NO. 5417-03

En fecha 25 de junio de 2003, la Sala Constitucional, al respecto del expediente 01-003907-0007-CO, emite la parte resolutive del

VOTO N°. 5417-03 que indica textualmente lo siguiente:

"SE DECLARA CON LUGAR LA ACCIÓN. EN CONSECUENCIA, SE ANULA EL TEXTO "TODO SERVICIO QUE BRINDA EL NOTARIO PUBLICO DEBIDAMENTE HABILITADO, SEGÚN LO ESTABLECE EL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE SOLO PUEDE SER RETRIBUIDO CON HONORARIOS, EN CONSECUENCIA NO PODRA EL FEDATARIO PÚBLICO BRINDAR ESE SERVICIO EN FORMA GRATUITA, NI BAJO SALARIO O RETRIBUCIÓN FIJA". CONTENIDO EN EL "POR TANTO" DE LA DIRECTRIZ NÚMERO 2000-0006 DE LAS DIEZ HORAS DEL VEINTIDÓS DE AGOSTO DE DOS MIL, DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO. DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 89 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, SE ANULAN POR CONEXIDAD, DEL REGLAMENTO DE FISCALIZACIÓN NOTARIAL A LO INTERNO Y EXTERNO, EMITIDO POR LA DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO EL TREINTA DE ENERO DE DOS MIL UNO, EL INCISO Ñ) DEL ARTÍCULO 7°, Y DEL PÁRRAFO FINAL DEL ARTICULO 11, EL TEXTO "SE ENCUENTREN CONTRATADOS BAJO RETRIBUCION FIJA, O". RESÉÑESE EN EL DIARIO OFICIAL LA GACETA Y PUBLÍQUESE ÍNTEGRAMENTE EN EL BOLETÍN JUDICIAL. COMUNÍQUESE A LOS PODERES LEGISLATIVO Y EJECUTIVO. NOTIFÍQUESE.-

EL MAGISTRADO MILANO PONE NOTA.-"

A la fecha del 26 de julio de 2003, y desde el 10/07/2003, se encuentra dicho voto en recolección de firmas, por lo que se hizo pública únicamente la parte resolutive del mismo.

13- EN CUANTO A DERECHOS ADQUIRIDOS:

1. La P.G.R. reconoce el valor de los derechos adquiridos de algunos notarios internos en régimen de empleo público, deja claro que queda a criterio de la Institución bajo su cargo mantener la relación de trabajo con los notarios internos que hasta la fecha han venido prestando los servicios notariales, de conformidad con los artículos 67 de La Ley de Contratación Administrativa y 69.2 de su Reglamento²⁰⁶, innovando el principio de irretroactividad de la ley al posibilitar el prescindir de sus servicios, de acuerdo con los cánones legales y constitucionales, pagándoseles las prestaciones legales respectivas, sin perjuicio de mantenerse en la labor como abogado, indemnizando únicamente por el impedimento legal de continuar cobrando honorarios a los usuarios, máxime en los casos que existe normativa interna del ente que los amparaba, para lo cual se establece como procedimiento el deber de tomar en consideración para el cálculo respectivo, el tiempo servido en la labor notarial, y lo devengado por

concepto de honorarios, durante los últimos seis meses de la relación de trabajo con la administración. Todo de conformidad con el ordenamiento legal que les rige.

2. En cuanto al notario en régimen de empleo público queda claro que, de acuerdo con el Título VII del C.N., le compete a la Dirección Nacional del Notariado, o al Poder Judicial en su caso, aplicar el régimen disciplinario a aquellos que incumplen con los deberes y obligaciones del ejercicio profesional de notariado. No obstante, en lo referente al incumplimiento de los deberes que tiene ese notario interno dentro de la administración pública, compete al jerarca de la institución imponer las medidas disciplinarias, en virtud del régimen disciplinario correspondiente.

3. Cabe destacar que al resolverse la acción de inconstitucionalidad según expediente n°. 01-003907-0007-CO, presentado el 27 de abril de 2001, por el Lic. Enrique Rojas Franco, cuyo asunto está bajo la dirección

²⁰⁶ Ley n°. 7494 de 2 de mayo de 1995 y sus reformas y decreto ejecutivo n°. 25038-H de 6 de marzo de 1996 y sus modificaciones.

del magistrado Vargas, en voto 5417-03 del 25 de junio de 2003, define la posición que la Sala Constitucional ha mantenido con respecto a la posibilidad del ejercicio del notariado para los funcionarios públicos, cuya única restricción estriba en el no cobro de honorarios, y el no poder notariar libremente a personas externas, cuya remuneración puede consistir en un salario fijo bajo relación laboral²⁰⁷.

4. Si bien es cierto que desde el origen de la materia notarial el tema de la incompatibilidad de la función pública con la función notarial ha sido complejo y contradictorio, donde reiteradas sentencias de los órganos judiciales correspondientes se oponen entre sí, lo cierto es que la sentencia n°. 444-2000 de las 16:51 horas del 12 de enero de 2000 y 418-2001 de las 15:17 horas del 16 de enero de 2001 de la Sala Constitucional, son claras en determinar la efectiva posibilidad de que la administración pública contrate a abogado-notarios en su doble función, los cuales deben ejercer la función notarial únicamente a solicitud de su patrono, no

²⁰⁷ Tesis que posteriormente es avalada por el voto constitucional n°. 5417-03 del 25 de

pudiendo devengar honorarios en caso de relación laboral, siendo que lo único que se le restringe o prohíbe a este tipo de funcionario, es el ejercicio privado y externo del notariado, con lo que se debe entender que el notario contratado bajo relación laboral para una entidad pública que requiera el servicio notarial, no puede atender gestiones notariales de terceros sin la solicitud previa de su patrono que, en todo caso, es el único que puede solicitar sus servicios.

5. Que de acuerdo con el principio de buena fe que rige en nuestro sistema jurídico, debe tenerse claro que la solicitud del patrono al notario en régimen de relación laboral, para la realización de un acto notarial, no implica la imposición del patrono de los términos ni hechos que el notario deba hacer constar, ya que este, de conformidad con su ética intrínseca y sus propios valores morales, hará constar lo que considere verdadero, salvo sentencia judicial que demuestre lo

contrario, lo cual deberá ser accionado por la parte interesada.

**LA CARA SUBJETIVA DE LOS LÍMITES AL EJERCICIO DEL NOTARIADO
PARA LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

Al entrar a establecer la Sala Constitucional en su resolución No. 643-93, los límites al ejercicio notarial para los funcionarios públicos, personalmente considero que omite analizar, con fundamentos razonables y debidamente conscientes, los motivos éticos que impiden el ejercicio notarial para estos servidores públicos, ya que más bien evidencia, en el fondo de sus consideraciones, un juicio de valor, en interpretación de una norma legislativa que a todas luces presume el principio de mala fe, en lugar de regular el principio de buena fe, el cual debe regir toda función legislativa y jurídica, mientras no se compruebe lo contrario.

Cabe destacar que la moral específica no es otra cosa que aquellos preceptos de ética general aplicables a la conducta

de la persona, en lo que respecta al ejercicio de la ciencia que es objeto de sus actividades.

Del curso de Ética Profesional Jurídica, que imparte el Colegio de Abogados²⁰⁸, se extrae que la profesión de abogado, en particular, a causa de la clase de trabajos referentes a la misma, coloca constantemente a quien se dedica a ella, en situaciones que ponen a prueba la rectitud de su conciencia, por lo que, sin firmeza de carácter, para no transigir con la mano, sin principios de honradez que arraiguen profundamente en su espíritu, jamás puede el abogado alzarse a mayor altura en la sincera estimación de sus conciudadanos, aunque le adornen, por otra parte, notables dotes de ingenio y de saber. Así, donde quiera que surja una dificultad con motivo de opuestos intereses, del quebranto de un pacto de violencia a las personas o perjuicios en sus bienes y de otras variadísimas formas de lesión en que se quebrantan las condiciones armónicas, del consorcio humano, requiérase el consejo o la intervención de los entendidos en la ciencia de las leyes, para el arreglo de las cuestiones sobrevivientes.

²⁰⁸ Antología del año 2000, Colegio de Abogado. Curso de ética Profesional Jurídica.

El quinto mandamiento, sobre lealtad, que se establece en el decálogo del abogado a simple vista, tiene un significado muy amplio, por cuanto no se puede considerar que el profesional realice una actitud intrínsecamente inmoral, al defender una tesis parcialmente incierta, ya que el derecho no es dogmático, es investigativo, por lo que se convierte en un arte, donde el abogado se constituye en un consejero *ad necessitatem* y no *ad probandum*, siendo que estos consejos se apoyan sobre datos que necesariamente suministran la realidad.

A lo anterior cabe agregar, para mayor visión de la ética profesional del abogado y notario en régimen de empleo público, que el abogado no solo tiene que cumplir con el decálogo del abogado, sino que, paralelamente, debe cumplir con el decálogo del notario, que se relaciona intrínsecamente como especialidad de la profesión, este señala:

- a. Honra tu profesión
- b. Abstente si la más leve duda opaca la transparencia de tu actuación.
- c. Rinde culto a la verdad.
- d. Obra con prudencia.

- e. Estudia con pasión.
- f. Asesora con lealtad.
- g. Inspírate en la equidad.
- h. Ciñete a la verdad.
- i. Ejerce con dignidad.
- j. Recuerda que tu misión es "evitar
contienda entre los hombres.

Por lo anterior, firmemente considero que el espíritu de la norma, hace presumir para el funcionario público, la imposibilidad de la capacidad intelectual de hacer la diferencia entre las funciones de abogacía y de notariado.

Asimismo, se juzga a priori a estos funcionarios, como posibles corruptos, incapaces de diferenciar y respetar los intereses privados de los públicos.

Este país se reconoce internacionalmente, como uno de los que más leyes crea, cuyo efecto es que existe es una gran cantidad de normativa que previenen las maniobras antiéticas. No obstante, o no existen o se están muy limitados los recursos del estado, para la ejecución de sanciones, cuando

se comprueba la existencia de algún acto delictivo o arbitrario.

El régimen de inamobilidad que cubre a los funcionarios públicos, y que esta resguardo por la Constitución Política, protege la estabilidad laboral de éstos, por cuanto los mismos, son los primeros trabajadores que corren el peligro de perder de su trabajo, por cambios de gobierno y políticas abusivas en ese sentido.

Ese principio, no es un beneficio, es una protección laboral, aunado a esto, el hecho de su idoneidad en la profesión requerida, es que es lógica la facultad de notariar, que se le otorga por ley, la cual no deviene en otra cosa que en una consecuencia de esa función pública, y no como erróneamente se ha interpretado, que va en detrimento de la cosa pública, lo cual no tiene sustento jurídico objetivo.

Considero que los institutos de dedicación exclusiva, como la prohibición, son innecesarios, por cuanto al amparo de la ética profesional y el Código de Moral de los Abogados, estos están impedidos para atender asuntos en contra de sus propios clientes, o patronos. Así que la limitación para el

ejercicio notarial a los funcionarios públicos, a lo externo de la institución, no tiene un sentido lógico, necesario ni racional, ya que versa sobre la capacidad intelectual y económica del profesional, definir si trabaja después de horas laborales, o si deja algunas funciones capaces de delegarse en manos de algún asistente personal.

Parece que la norma, trata de asegurar, labores notariales en beneficio de los profesionales externos, que no han tenido la posibilidad de ingresar a laborar como servidores públicos, par cuanto al limitar la labor notarial, los notarios externos parecen tener más posibilidad de trabajo en esta materia.

Bajo el entendido, que el principio de imparcialidad es el mismo para los notarios, sin importar la situación de trabajo en que se encuentren, esto es si laboran para el Estado, privadamente, o si son contratados en su doble función por el sector privado, se tiene que legalmente se permite el cobro de honorarios a los empleados privados, que ejercen el notariado, pero no así a los públicos que también lo ejercen.

En este punto, es importante diferenciar que, bajo el principio de inamovilidad y al amparo del deber de obediencia y desobediencia de la L.G.A.P, tiene facultad legal y capacidad para aplicar el principio de imparcialidad un funcionario público, que ejerza el notariado, que -posiblemente- un notario contratado en el sector laboral privado.

Si de fundamentar la mala fe se trata, podría decirse que tendría más dificultad un trabajador privado, que ejerza la función de abogado y notario, por su preocupación de perder su empleo, que un funcionario público, en aplicación estricta del principio de imparcialidad.

El principio de competencia limpia y abierta de la profesiones y la necesidad de objetivar en todo momento la labor legislativa, claramente se ven violentadas por la evidente intervención humana en la realización de las leyes, quienes, internamente, no están exentos de intereses creados que son desconocidos, a la luz pública, y traen como efecto, por ejemplo, el querer legislar en beneficio propio, por la temporalidad de sus cargos, ya que son funcionarios públicos de paso.

Asimismo, me atrevo a suponer que las excepciones que regula el propio C.N. en sus artículos 5 d), 7 b), párrafo tercero y 8, contradicen totalmente el artículo 1²⁰⁹ del mismo cuerpo normativo, por cuanto al limitarse el ejercicio notarial para los funcionarios públicos únicamente bajo la prohibición de notariar a terceros y permitiendo la existencia de una relación laboral, devengando este profesional un salario exclusivo, legislativamente, se crea tácitamente otra figura del ejercicio de la función notarial, a la cual podríamos llamar: "la función pública ejercida públicamente bajo absoluta responsabilidad personal del funcionario que la ejecuta".

Esta posición contradice lo que doctrinariamente se entiende como "Munuera pública", que consiste en:

"Los *Munuera pública* son aquellos particulares que ejercen de forma permanente o transitoria, potestades públicas cuando han sido previamente habilitados legalmente o contractualmente, convirtiéndose en vicarios de la respectiva administración pública. El *Munuera pública* 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 (Artículo 111, párrafo 1º LGAP. Actúa por sí y para sí mismo y sus actos son suyos y no de la administración respectiva. Tenemos en nuestro ordenamiento jurídico los siguientes casos: a) Notario Público (...)

²⁰⁹ Ley n°. 7764 del 2 de abril de 1998. "Artículo 1.- Notariado Público. El notariado público es la función pública ejercida privadamente. (...)"

b) Contador Público (...) c) Concesionario de obras o servicios públicos (...) ...”²¹⁰

De conformidad con la doctrina anteriormente citada, (pese a la interpretación constitucional y muy acertada de la Sala Constitucional en el voto 444-2000 y 418-2001), debería entonces limitarse también, dicho ejercicio, en el sentido de aplicación de la fe pública, a los demás *Munuera pública*, tales como Contadores Públicos, etc., lo cual no es así, cuya única restricción sería no emitir actos de **fe pública** para terceros, en forma privada.

Esta contradicción, que limita de manera estricta una actividad de la *Munuera pública*, viene a discriminar otra actividad regulada por la fe pública del Estado.

Por lo anterior, y al amparo de la interpretación de nuestra Sala Constitucional, esta definir claramente como la única restricción a los servidores públicos, en el desempeño del ejercicio de la función notarial, el ejercicio privado de la misma, pudiendo así ser contratados por su función de abogado y notario (ambas) para la administración pública, devengando un salario, estándole expresamente prohibido cobrar

²¹⁰ GINESTA LOBO, (Ernesto). “Tratado de Derecho Administrativo”, tomo I, Editorial Diké,

honorarios por sus funciones de notario, pero con posibilidad de obtener un sobresueldo por exclusividad, dada la función de abogado con especialidad de notario.

A simple vista, después del análisis de este asunto, es evidente que, el único beneficiado es el Estado, a costa de la labor intelectual de sus trabajadores. Y lo que parece más grave aún es que la normativa estudiada faculta al Estado a violentar el principio de equivalencia de las prestaciones y a recargar en un tercero el pago de la labor notarial realizada, en arcas de la administración pública, en un claro enriquecimiento abusivo.

En principio, el fundamento jurídico que restringe la labor notarial para los funcionarios públicos, es un escueto y superficial discurso ético sobre la profesión de abogado y notario, a todas luces discriminando al "Numera Publica" (notario del Estado) con respecto del "Numera pública" (notario de la empresa privada), creándose así una diferencia en la fe pública donde no la hay.

ANEXOS Y APENDICES:

ANÁLISIS COMPARATIVO DE NORMAS ENTRE LA APLICACIÓN GENÉRICA DE LOS LÍMITES AL EJERCICIO DEL NOTARIADO PARA LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y LA RESTRICCIÓN ESPECÍFICA, QUE PERMITE EL EJERCICIO DEL NOTARIADO A FUNCIONARIOS PÚBLICOS BAJO CIERTAS CIRCUNSTANCIAS:

CUADRO 1. EN CUANTO A LA FE PÚBLICA

LEY	Ley Orgánica No. 39, de 5 de enero de 1943	Ley 3546 de 28/08/1965	Ley 6145 de 18/11/1977 que reforma a Ley orgánica de Notariado y otros.
FE PUBLICA	<p>El artículo 1° de la "La persona autorizada para ejercer el notariado público tiene fe pública cuando deja constancia de un hecho, suceso, situación, acto jurídico o contrato que tenga por objeto asegurar o hacer constar derechos y obligaciones dentro de los límites que la ley señala a sus atribuciones y observando los requisitos que exige...".</p>	<p>Artículo 1°.- La persona autorizada para ejercer el notariado tiene fe pública cuando hace constar un acto jurídico o un contrato que tenga por objeto asegurar o hacer constar derechos puramente civiles, en los límites que la ley señala a sus atribuciones y con observancia de los requisitos que ella exige.</p>	<p>"Artículo 1°.- La persona autorizada para ejercer el notariado público tiene fe pública cuando deja constancia de un hecho, suceso, situación, acto jurídico o contrato que tenga por objeto asegurar o hacer constar derechos y obligaciones dentro de los límites que la ley señala a sus atribuciones y observando los requisitos que exige. Cuando en la ley se use simplemente el término "Notario" debe entenderse referido al "Notario Público".</p>

CUADRO 2. EN CUANTO A LA DEFINICIÓN DE NOTARIADO

LEY	C.N. Ley No. 7764 del 02 de abril de 1998.
NOTARIADO	"Artículo 1.- Notario Público. El notariado público es la función pública ejercida privadamente. (...)"

CUADRO 3. EN CUANTO A LAS INCOMPATIBILIDADES:

LEY	Texto de L.O.N. del 12/10/1887	Ley 3546 de 28/08/1965	Ley 6024 de 5/12/76 Reforma L.O.P.J.	N° 6595 de 06/08/81.	Ley No. 7111, de 24/11/88	Ley 7640 de 4/10/96	C.N. Ley No.7764 de 02/04/98.
INCOMPATIBILIDADES	<p>Artículo 23</p> <p>"El ejercicio del Notariado es incompatible con cualquier otro empleo o cargo público, que exija un servicio diario de tres o más horas. (...)"</p>	<p>Artículo 19.- Aun cuando sean notarios, no pueden ejercer el notariado los funcionarios y empleados de los Poderes Ejecutivo y Judicial, así como los municipales. Se exceptúan de esta prohibición los profesores de enseñanza, los magistrados suplentes, los jueces interinos, los alcaldes suplentes e interinos, los fiscales específicos, los municipales y apoderados municipales, y los funcionarios y empleados que no devenguen sueldos sino dietas. El notario que</p>	<p>"Artículo 9.- Es prohibido a todos los funcionarios y empleados del Poder Judicial: 1. Ejercer la abogacía, aunque estén con licencia o suspensos del destino, salvo en los casos de excepción que esta ley indica. 2. (. .) 3. Se rvir cualquier otro empleo público. Esta prohibición no comprende los casos exceptuados por la ley, ni el cargo de profesor en las Escuelas Universitarias, siempre que las horas lectivas que deba impartir en horas laborales no excedan de</p>	<p>"LO anterior encuentra apoyo en la intención del legislador, cuando dispuso derogar el artículo 99 de la Ley Orgánica del Notario (Ley N° 39 del 5 de enero de 1943 y sus reformas), por la N° 6595 del 6 de agosto de 1981. En el mencionado artículo si existía facultad de sujetarse a un sueldo en la función notarial. Así también lo dispone el Decreto supra mencionado (artículo 49) y que derogó a su homólogo precedente (Decreto N° 13560-J del 28 de abril de 1982, cuyo artículo 43 permitía al Notario</p>	<p>Art. 9</p> <p>Es prohibido a todos los funcionarios y empleados de orden judicial, ejercer la abogacía, salvo en los casos de excepción indicados en el artículo 141, aunque estén con licencia o suspendidos del destino. (...)</p> <p>a)(...)</p> <p>b)(...)</p> <p>(...)</p>	<p>ARTICULO 4.- Reformas de la Ley Orgánica del Notariado Refórmase el artículo 18 de la Ley Orgánica de Notariado, No. 39, del 5 de enero de 1943, cuyo texto dirá:</p> <p>"Artículo 18.- Estará legalmente impedido para ejercer el notariado: 1.- (...). 2.- (...). 3.- (...). 4.- (...). 5.- (...). 6. (...). 7.- El que acepte empleo o cargo público incompatible con las funciones del Notario." Rige a partir de su publicación.</p>	<p>" Artículo 4.- (...) f) Quienes ejerzan cargos en cualquier dependencia del sector público, incluso en las estructuras según modelos organizacionales del Derecho Privado, en los que se prohíba el ejercicio externo del notariado"</p>

		aceptare cargo o empleo incompatib le con el ejercicio del notario, cesará en sus funciones de notario. Cesará también aquel a quien sobrevenga alguno de los otros motivos de impediment o que señala el artículo 18 ...”	cinco por semana. 4. (. ..) 5. (. ..) 6. (. ..) 7. (. ..) 8. (. ..)	al Notario ser remunerado mediante un sueldo fijo)” ²¹¹ .			
--	--	---	--	---	--	--	--

²¹¹ Dictamen C-076-87 de 07 de abril de 1987. De la P.G.R..

CUADRO 4. EN CUANTO A LOS REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR UN NOTARIO

LEY	Ley Orgánica No. 39, de 5 de enero de 1943	Ley 3546 de 28/08/1965	Ley 6145 de 18/11/1977 que reforma a Ley orgánica de Notariado y otros.	Ley No. 7111, de 24 de noviembre de 1988
REQUISITOS	artículo 17 de la misma ley, que obliga a los notarios a tener oficina abierta al público	Artículo 17.-El Notario en ejercicio debe tener oficina abierta ...".	"Artículo 17.- El notario debe tener su oficina abierta al público en el lugar que ha informado a la Corte Suprema de Justicia. No obstante, está autorizado para ejercer el notariado en cualquier lugar de la República o fuera de ella. En este último caso, su actuación sólo podrá referirse a actos o contratos que deban hacerse valer en Costa Rica, debiendo informar a la Corte de Justicia el plazo aproximado que durará su ausencia y el hecho de llevar su protocolo".	Art. 11. Es prohibido a todos funcionarios y empleados del poder judicial servir cualquier otro empleo público. Esa prohibición no comprende el cargo de profesor de las Escuelas Universitarias.

CUADRO 5. EN CUANTO A LAS PROHIBICIONES

LEY	Ley Orgánica No. 39, de 5 de enero de 1943	Ley 3546 de 28/08/1965	Ley No. 7111, de 24 de noviembre de 1988
PROHIBICIONES	<p>artículo 19 de la citada "Aún cuando sean notarios, no pueden ejercer el notariado los funcionarios y empleados de los Poderes Ejecutivo y Judicial, así como los municipales.</p>	<p>Artículo 18.- Están legalmente impedidos para el ejercicio del notariado: 1°.-...; 2°.-...; 3°.-...; 4°.-...; 5°.-...; 6°.-...; y 7°.-El que acepte empleo o cargo público incompatible con las funciones de Notario.</p>	<p>Art.141. Aún cuando sean abogados, bachilleres en leyes o procuradores judiciales, no pueden ejercer la abogacía los funcionarios y empleados de los Poderes Ejecutivo y Judicial, así como los Municipales y los subalternos del Tribunal Supremo de Elecciones, salvo e en sus propios negocios y en los de sus conyuges, ascendientes, descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados.</p> <p>Se exceptúan de la mencionada prohibición los Profesores de Enseñanza, los magistrados suplentes, los Jueces suplentes e interinos, los Alcaldes y Agentes Judiciales suplentes e interinos, Los Fiscales específicos, Los Municipales y Apoderados Municipales, y los funcionarios y empleados que no devenguen sueldo sino dieta (Así reformado por Ley No. 1266 de 21 de febrero de 1951)</p>

CUADRO 6. EN CUANTO A LAS EXCEPCIONES

LEY	Ley orgánica del Poder Judicial No. 8 del 29 de noviembre de 1937 y sus reformas.	Ley Orgánica No. 39, de 5 de enero de 1943	C.N. Ley No. 7764 del 02 de abril de 1998.
EXCEPCIONES	"Los funcionarios del poder ejecutivo y del poder legislativo contratados a plazo fijo excluidos del régimen de Servicio civil, que no gocen de ninguna clase de sobresueldo o compensación económica por concepto de prohibición o dedicación exclusiva, quedan excluidos de la prohibición establecida en el artículo 19, párrafo 1°, de la ley No. 39, de 5 de enero de 1943 y sus reformas, siempre y cuando no exista superposición horaria, ni disposición en contrario en la ley orgánica del órgano o institución en la que presten sus servicios."	Art. 19. "... Se exceptúan de esta prohibición los profesores de enseñanza, los magistrados suplentes, los jueces interinos, los alcaldes suplentes e interinos, los fiscales específicos, los municipales y apoderados municipales, y los funcionarios y empleados que no devenguen sueldos sino dietas. El notario que aceptare cargo o empleo incompatible con el ejercicio del notariado, cesará en sus funciones de notario..."	"Artículo 5.- Excepciones Se exceptúan de la prohibición contenida en el inciso f) del artículo anterior: a) (...) b) (...) c) (...) d) Los funcionarios de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, las instituciones públicas y municipalidades, contratados a plazo fijo, excluidos del Régimen de Servicio Civil y que no gocen de sobresueldo ni compensación económica de ninguna clase por prohibición o dedicación exclusiva, siempre que no exista superposición horaria ni disposición en contrario, en la legislación reguladora del órgano o institución donde se presten los servicios." (Lo destacado no es del original)

CUADRO 7. SOBRE LA INDEPENDENCIA

LEY	Decreto No. 17016 del 07 de mayo del año 1986.	Arancel de Profesionales en Derecho (Honorarios Abogados y Notarios) No.20307-J 11-03-1991 Gaceta #64 del 04-04-1991.
INDEPENDENCIA	artículo 1° Las labores que preste el profesional en Derecho como abogado y como notario, son independientes y deben retribuirse por separado. Cuando un abogado que además es notario preste sus servicios por una retribución fija, se entenderá que dicho estipendio cubre únicamente sus labores como abogado y no sus labores como notario, aspecto sobre el cual el profesional tendrá derecho y obligación de cobrar por separado sus servicios y actuaciones como notario.	ARTÍCULO 2§.- Labores de abogacía y notariado. El profesional en Derecho puede prestar sus labores ya como abogado, ya como notario, o ejercer ambas funciones en forma conjunta. Tales actuaciones son independientes y deben retribuirse en forma separada.

CUADRO 8. EN CUANTO A LOS HONORARIOS

LEY	Ley 1128 de 17/01/1950 Tarifa de honorarios de Abogado y Notario.	Decreto No. 17016 del 07 de mayo del año 1986.	Arancel de Profesionales en Derecho (Honorarios Abogados y Notarios) No.20307-J 11-03-1991 Gaceta #64 del 04-04-1991.	C.N. Ley No. 7764 del 02 de abril de 1998.
HONORARIOS	Artículo 2º.- El profesional no podrá cobrar menor cantidad por honorarios, ni los tribunales podrán fijarlos, que la señalada en el arancel que antecede, por lo que serán absolutamente nulos los actos, convenios, estipulaciones y resoluciones que hagan una fijación menor de los dispuestos en esta ley. (...) <u>Como excepción a lo aquí dispuesto, el abogado podrá no cobrar honorarios si lo hiciera en forma total y de manera expresa, o cuando se trate de ascendientes, descendientes o parientes colaterales, consanguíneos o afines, hasta el tercer grado, o si el cliente fuera un colega. No estarán sujetos a lo aquí establecido los profesionales que presten servicios a sus clientes por un sueldo fijo. (Así reformado por artículo 3 de la Ley N° 2859 de 14 de noviembre de 1961)</u>	Artículo 3, "Los honorarios corresponden al profesional que presta sus servicios (...)"	"ARTÍCULO 3.- Pago de honorarios. Al abogado deben cubrirle sus honorarios en las oportunidades que correspondan y de conformidad con el presente arancel, por quien solicite sus servicios o se beneficie con ellos, sea cual fuere el resultado del asunto a su cargo. El Abogado discrecionalmente podrá reducir sus honorarios cuando el resultado del asunto fuere adverso a los intereses de su patrocinado. ARTÍCULO 5º.- Propiedad de los honorarios. Los honorarios corresponden al profesional que presta sus servicios. (...)"	La del artículo 7, inciso b): "Artículo 7.- Prohibiciones Prohíbese al notario público: a) (...) b) Autorizar en la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas, de las cuales reciba salario o dieta, actos o contratos jurídicos donde aparezcan como parte sus patronos o empresas subsidiarias. <u>No obstante, podrá autorizarlos siempre que no cobre honorarios por este concepto.</u> Sin embargo, los notarios en régimen de empleo público podrán cobrar los honorarios correspondientes a los particulares, en los casos de formalización de escrituras relacionadas con los fondos de ahorro y préstamo que funcionen adscritos a cada institución, y no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal."

CUADRO 9. SOBRE LA RETRIBUCIÓN FIJA

LEY	Decreto No. 17016 del 07 de mayo del año 1986.	Arancel de Profesionales en Derecho (Honorarios Abogados y Notarios) No.20307-J 11-03-1991 Gaceta #64 del 04-04-1991.	Ley de la Administración Financiera de la República	Ley de la Contratación Administrativa, No.7494 de 02 de mayo de 1995, reformada por la número 7612 de 22 de julio de 1996.	Al respecto el artículo 69.2 del Reglamento (Decreto Ejecutivo No. 25038-H de 6 de marzo de 1996.) de la Ley 7494 de 2 de mayo de 1995, y sus reformas) de Contratación Administrativa, prescribe en lo que interesa:	C.N. Ley No. 7764 del 02 de abril de 1998.	directriz de la Autoridad Presupuestaria, para la Administración Pública que corresponde, indicó:
RETRIBUCIÓN FIJA	Artículo 49 "Es prohibido al notario celebrar convenios por los cuales resultare estar a sueldo o retribución fijos por sus actuaciones, salvo que se trate de la Notaria del Estado de lo permitido en el artículo 3°".	ARTICULO 10. - Servicios profesionales por retribución fija. La función de abogado podrá desempeñarse mediante una retribución fija, pero no procede y queda prohibida la prestación de servicios notariados en esa	Artículo 49 de la Ley de la Administración Financiera de la República (...) "Aparte de los sueldos o dietas devengados no podrá autorizarse, por planillas ni por otro medio, pago alguno a favor de los funcionarios	"Artículo 67.- Servicios profesionales con sueldo fijo. Se autoriza a las entidades públicas para que, utilizando su régimen ordinario de nombramiento de funcionarios,	"Naturaleza La <u>contratación de servicios técnicos profesionales no originará relación de empleo público entre la Administración y el contratista,</u> deberá remunerarse y conforme las respectivas tarifas, cuando los servicios regulados por	"Artículo 8.- Regulaciones para la Administración Pública. [. . .] Cuando en los actos o contratos jurídicos en que sean parte el Estado, sus empresas, instituciones autónomas y	"Por oficio número STAP 2485-98 del veintidós de diciembre de mil noventa y ocho, la Directora Ejecutiva de la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria

		<p>en esa forma, debido a su propia naturaleza a. Por consiguiente cuando un profesional en Derecho realice sus labores mediante retribución fija, aunque se acuerdo lo contrario, esta solo cubre sus funciones como abogado, pero no las de notario, respecto a las cuales tendrá derecho y obligación de cobrarlas por separado. Los convenios en que se estipule la retribución de actuaciones notariales mediante retribución fija no obligan al notario a percibir sus honorarios en esa forma y podrá reclamarlos del modo y en</p>	<p>ios o empleados como retribución por los servicios ordinarios prestados." (...)</p>	<p>rios, contraten, con sueldo fijo, a los profesionales que requieran para formalizar las operaciones, los avalúos, los peritajes, la atención diligencias judiciales o administrativas o cualquier otro tipo de intervención profesional relacionada con los servicios que brindan.</p> <p>Para esos efectos, no operará el pago que rija por concepto de honorarios para la prestación de la actividad. La institución no trasladará el costo de la contratación de esos</p>	<p>por aranceles obligatorios..." (Lo destacado no es del original)</p>	<p>y semiautónomas, sean autorizados por notarios que devenguen salario, dieta u otra remuneración de la institución respectiva, quien los autorice no podrá cobrar honorarios profesionales al Estado ni a terceros." (Lo destacado no es del original)</p>	<p>comunicado al Presidente Ejecutivo del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, en lo conducente:</p> <p>"Para su conocimiento y fines consiguientes, se transcribe y acuerdo número 5329 tomado por la Autoridad Presupuestaria en sesión ordinaria número 22-98 celebrada el día 03 de diciembre de 1998.</p> <p>"... todas las entidades y empresas públicas supeditadas al ámbito de la Autoridad Presupuestaria, se ajustarán al nuevo C.N. y tomarán en cuenta el dictamen</p>
--	--	--	--	--	---	---	--

		la cuantía que se fija en el presente arancel.		profesionales al usuario de los servicios; pero sí deberá cobrar los demás costos implícitos, cuando deba inscribirse el documento respectivo o se requiera pagar algún tipo de tributo. "		C-232-98 citado" (folios 137 y 138)". ²¹²
--	--	--	--	---	--	---

CUADRO 10. EN CUANTO A LA PROHIBICIÓN DE COBRO MENOR POR CONCEPTO DE HONORARIOS

LEY	Decreto No. 17016 del 07 de mayo del año 1986.
PROHIBICIÓN DE COBRO MENOR AL ESTABLECIDO EN EL RESPECTIVO ARANCEL.	Artículo 6- El abogado no podrá cobrar menor cantidad de honorarios que la señalada en este arancel. Los tribunales. tampoco podrán fijar sumas inferiores a las que aquí se señalan , cuando definan los honorarios entre abogado y su cliente, salvo lo establecido en el artículo anterior. (...)

²¹² Sentencia de la Sala Constitucional no. 6745-2000 de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del cuatro de agosto del dos mil

INFORME CONSULTIVO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**Datos generales:****Expediente:** [01-003907-0007-CO](#)**Fecha entrada:** 27/04/2001**Clase de asunto:** Acción de inconstitucionalidad**Fecha notificación:** 21/06/2001**Accionante:** ENRIQUE ROJAS FRANCO**Procuradores Informantes**

Lic. Giovanni Bonilla Goldoni

Licda. Ana Paula Hernández Cordero

Fecha del informe: 11/07/2001

Texto del informe

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD N° 01-003907-007-CO
PROMOVENTES: ENRIQUE ROJAS FRANCO EN SU CONDICION DE APODERADO
ESPECIALJUDICIAL DE LUIS OCAMPO FALLAS
CONTRA: DIRECTRIZ N° 2000-006 DE LAS 10:00 HORAS DEL 22 DE AGOSTO DEL2001
DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE NOTARIADO
INFORMANTES: LIC. GEOVANNI BONILLA GOLDONI
LICDA. ANA PAULA HERNANDEZ CORDERO

Señores Magistrados de la Sala Constitucional:

El que suscribe, **FARID BEIRUTE BRENES**, mayor, casado, Abogado, vecino de San José, portador de la cédula de identidad número uno- trescientos noventa y cuatro- seiscientos setenta y tres, en mi carácter de **PROCURADOR GENERAL ADJUNTO**, según Acuerdo del Ministerio de Justicia y Gracia número dieciocho del tres de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, publicado en La Gaceta número noventa y dos del quince de mayo del mismo año, atento manifiesto:

En el carácter expresado y dentro del plazo conferido mediante resolución de las 10:55 horas del 18 de junio del 2001, notificada el día 21 del mismo mes, comparezco a contestar la audiencia concedida a la Procuraduría General de la República en la acción de inconstitucionalidad N° 01-003907-007-CO, promovida por Luis Ocampo Fallas, representado por el Doctor Enrique Rojas Franco en su condición de apoderado especial judicial del primero, para que se declare la inconstitucionalidad de la directriz dictada por la Dirección Nacional de Notariado N° 2000-006 de las 10:00 horas del 22 de agosto del 2001, publicada en el Boletín Judicial N° 26 del 6 de febrero del2001.

Retomando el resumen que realiza la Sala Constitucional en la resolución de traslado de la presente acción de inconstitucionalidad, sobre el planteamiento y razonamiento que realiza el accionante sobre los aspectos de relevancia en que justifica su gestión, así como algunas consideraciones de importancia referidas en el propio escrito que contiene la acción de inconstitucionalidad que nos ocupa, es dable realizar el siguiente detalle puntual de tales consideraciones en la forma siguiente:

1. Considera el accionante que la directriz N° 2000-006 antes citada es inconstitucional, en virtud de que establece que el servicio notarial solamente puede ser remunerado por medio de honorarios, en consecuencia, no puede realizar actos notariales bajo un sueldo fijo, aunque con ello facilite el servicio público. Lo cual contraviene lo que disponen los numerales 7 inciso b) y 8 párrafo segundo del Código Notarial, así como lo estipulado en la sentencia 2001-418 de las 15 horas con 17 minutos del 16 de enero del 2001 dictada por la Sala Constitucional.

2. Agrega que los artículos 67 de la Ley de Contratación Administrativa, 69 inciso 2), 69 inciso 5) y 6) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, 174 de la Ley Orgánica del Banco Central y 24 de la Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Servicios Públicos permiten contratar al notario bajo el régimen patronal, por el pago de un salario.
3. Alega que la directriz cuestionada impide a los notarios que presten sus servicios en el sector público, lo cual implica un trato desigual y limita el derecho a la libre elección del trabajo.
4. Por otra parte, establece el accionante que la directriz de comentario afecta a los terceros que deseen contratar a un notario público, en el tanto no podrán hacer uso de los servicios del notario de planta y deberán acudir a uno externo, lo cual implica mayores gastos y tiempo invertido, lo cual transgrede la libertad de contratar y el principio de reserva de ley.
5. Finalmente, considera que se viola el principio del debido proceso, pues al prohibir los notarios indicado a cobrar honorarios, se elimina el ejercicio del notariado en el sector público, en perjuicio de los mismos, sin que se les haya brindado audiencia alguna para expresar su parecer sobre el tema y defender su situación.

I.- LEGITIMACION PARA PRESENTAR LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD:

La acción de inconstitucionalidad que ahora nos ocupa se interpone con base en el Recurso de Amparo que se tramita en la Sala Constitucional en el expediente número 01-003275-007-CO, en el cual se alegó la inconstitucionalidad de la directriz N° 2000-006 dictada por la Dirección Nacional de Notariado y que se dio curso mediante resolución de la Sala Constitucional de las 14:45 horas del 6 de abril del 2001.

En el referido Recurso de Amparo, el accionante alega que la citada directriz que aquí se impugna es inconstitucional, en el tanto la misma viola directamente disposiciones expresas que desarrollan el derecho al trabajo, el derecho a la igualdad, el principio de legalidad, excede la competencia que le corresponde a la Dirección Nacional de Notariado conforme lo establecido en el Código Notarial y, por ende, afecta igualmente a terceros.

De ahí que la presente acción de inconstitucionalidad sí cumple con el requisito dado en el numeral 75° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en punto a la existencia de un asunto pendiente de resolución en el que se ha invocado la inconstitucionalidad "como medio razonable de amparar el derecho o interés que considera lesionado", en los términos en los que la misma Sala Constitucional lo ha desarrollado en varias de sus resoluciones (Ver en este sentido, entre otros, los siguientes Votos: No. 1468-90 de las 15:45 horas del 30 de octubre de 1990; No. 2592-93 de las 15:54 horas del 8 de junio de 1993; No. 4429-93

de las 15:15 horas del 7 de setiembre de 1993; y No. 1319-97 de las 14:51 horas del 4 de marzo de 1997).

Por lo que una vez constatado el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 73° y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, N° 7135 de 11 de octubre de 1989, es de rigor referirse al planteamiento expuesto por el accionante de la siguiente forma:

II.- DIRECTRIZ IMPUGNADA

La directriz N ° 2000-006 de las 10:00 horas del 22 de agosto del 2000, publicada en el Boletín Judicial N° 26 del 6 de febrero del 2001, indica en su Por Tanto lo siguiente:

"Por Tanto:

Todo servicio que brinda el notario público debidamente habilitado, según lo establece el régimen jurídico vigente sólo puede ser retribuido con honorarios, en consecuencia no podrá el fedatario público brindar ese servicio en forma gratuita, ni bajo salario o retribución fija. El notario público no puede negociar el costo de sus servicios a cambio de la prestación de los mismos, ni tampoco podrá el usuario utilizar ese costo como un mecanismo de mediación para que el notario público brinde ese servicio bajo una modalidad distinta a la establecida en el Arancel. En materia de honorarios notariales, es de obligada necesaria y exclusiva aplicación lo dispuesto por el Código Notarial y el arancel que determine las tarifas aplicables. La cesión parcial de honorarios constituye práctica desleal en el ejercicio de la profesión y éstos sólo podrán cederse íntegramente entrándose de colegas. Los notarios quedan obligados a extender recibos oficiales, detallando las sumas que reciban, con indicación clara y precisa del nombre de la persona física o jurídica de quien se recibe, saldo si lo hubiere y acto o contrato jurídico a que corresponde el pago. Quien no se ajuste a las regulaciones vigentes para cobro de honorarios notariales, podrá ser sujeto del régimen disciplinario. Asimismo todos aquellos pronunciamientos emanados de toda entidad pública o privada que se contrapongan a lo aquí dispuesto son inaplicables".

Para llegar a lo anterior, la Dirección Nacional de Notariado tomó en consideración los siguientes argumentos y fundamentos, los cuales nos permitimos transcribir en lo conducente:

"Resultando:

1° Que la Dirección Nacional de Notariado tiene como fin la vigilancia y control de toda la actividad notarial en el territorio nacional

2° Que el Código Notarial reservó en esta Dirección la PC reglamentaria en aspectos propios de la función notarial, y el artículo Incisos d) y m), de ese cuerpo legal, le atribuye competencia para lineamientos de acatamiento obligatorio, para que los notarios prestar servicios a los usuarios en forma eficiente y segura, por cumplimiento deberán velar las oficinas públicas encargadas de recibir y tramitar los documentos notariales y resolver las gestiones o cuestiones planteadas respecto de la actividad notarial.

3º- El cobro de honorarios por servicios notariales, ha generado diversas consultas ante esta Dirección, y representa una problemática afecta al notario, usuario, tercero y la misma fe pública, razón por requiere de lineamientos específicos, y;

Considerando:

(...) II.- NO\ARIADO Y PERFIL DEL NOTARIO PÚBLICO: El notariado es la función pública ejercida privadamente. Este ejercicio, es posible sólo a través del profesional debidamente habilitado, comprende labores de orden protocolar y extraprotocolar, y define al notario como el profesional autónomo e independiente, que labora sin sujeción a horario, desde una oficina abierta al público, con observancia de las forma y garantías de ley. Debe también contar con las aptitudes legales, académicas y personales que le permitan brindar una asesoría jurídica y notarial a las partes, posibilitando la prestación de su servicio seguro y eficaz. La autonomía e independencia que rige al notariado, conlleva que el profesional notarial no puede estar sujeto a relación de subordinación alguna, pues -contrario al ámbito de la abogacía- asisten al notario prohibiciones para hacer uso de la fe pública en asuntos donde figuren como partes o tengan interés él, familiares por afinidad o consanguinidad o personas físicas o jurídicas con las que lo una relación de ser trabajo (entiéndase ajena a la notarial), en donde se pueda comprometer su obligada imparcialidad (ver artículo 7 del Código Notarial). Lo anterior confirma al tomar en cuenta que dentro del giro normal de sus actividades, el notario hace uso de la fe pública, cuyos efectos implican una presunción de certeza y veracidad de todo cuanto es afirmado por él, pudiendo incluso, tramitar la "Actividad judicial no contenciosa" en donde el fedatario se convierte en un 'juez' que si bien no dirime controversias, al estar necesariamente ausente el elemento contención, sí lleva a cabo la tramitación de asuntos con la misma validez y eficacia que los son a conocimiento de las autoridades jurisdiccionales del Poder Judicial.

III.- LA RELACIÓN LABORAL, ELEMENTOS CONFIGURADORES, SUS DIFERENCIAS CON EL EJERCICIO NOTARIADO Y SUS DISTINTAS MANERAS DE RETRIBUCIÓN: La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. en el voto N° 46-94 nueve horas treinta minutos del cuatro de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, al conocer de un proceso ordinario laboral cuya pretensión era el reconocimiento de los honorarios notariales como entre otras cosas, estableció:

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

"Determinar si la función notarial en este caso, se ubica del contrato de trabajo, y debe formar parte del salario analizar la naturaleza del notariado. (...) Debe destacarse, como primer elemento, (...) que se está en presencia del ejercicio función pública. Las actuaciones, de quienes ejercen el notariado, trascienden el ámbito de las relaciones privadas donde origina como producto de la voluntad individual y se proyectan en la esfera pública. Su autoridad es erga omnes y su participación cci la armonía social. Las fijaciones del notario son variadas, entre ellas tenemos la creación

jurídica, en virtud de la cual el funcionario escucha a las partes que desean celebrar algún contrato o problemas de tipo jurídico, delimita el conflicto y aconseja posible solución dentro del ámbito jurídico. La redacción del instrumento público adecuado a las necesidades de las personas, lo cual conlleva una labor previa de estudio y preparación. La autenticación convierte el documento en verdadero, permitió producir efectos jurídicos, la custodia de los originales de instrumentos y la reproducción, son otras dos actividades del notario. Lo importante en la función notarial, es que el Estado otorga a quien la ejerce, determinadas facultades, y también los deberes, para que cumpla una labor necesaria en la sociedad atribuciones y obligaciones de los notarios, la forma en que ejercen sus tareas, no se la imponen las partes que demanda servicios, ni quien lo retribuye por ellos, sino el Estado, a través una normativa específica, la Ley Orgánica de Notariado (Considerando IV).

" Esta Sala analizando la naturaleza de la función no exclusivamente, como se ha explicado, y el mismo arancel profesionales en Derecho N° 20307-1 de marzo de mil novecientos noventa y uno, en cuyo artículo 2 se establece con claridad q profesional en Derecho puede cobrar sus labores ya como abogado ya como notario, o ejercer conjuntamente las dos actividades indicando que tales actuaciones son independientes y de retribuirse en forma separada, concluye que el notariado es actividad independiente de cualquier relación laboral, y así considerarse para todos los efectos, pues, por lo explicado, el contexto de hecho y de derecho en que se genera la prestación servicio excluye, como cuestión fundamental, la existencia de los elementos de ese tipo de relación." (Considerando V).

Esta jurisprudencia, define claramente cómo el máximo tribunal laboral nacional, ha dejado sentadas las características propias de relación de trabajo (comprensiva del elemento subordinación) y desempeño de la función notarial, que las hacen diversas una de otra, por quede las diferencias también en el inedia de remuneración de ambas.-

IV.- DEL NOTARIO EXCEPCION: Esta Dirección, en la Directriz 4-2000 (siete horas treinta y tres minutos del veinte de julio del dos mil ha establecido la naturaleza del ejercicio de la función notarial y lo que su existencia implica en el ámbito jurídico notarial ejercido plenamente, como aquellas excepciones que definió el Estado por reserva de ley. Entre otras cosas, en ese pronunciamiento se indicó:

" El Estado, por potestad de imperio, ha permitido la existencia de dos tipos de notarios habilitados legalmente para ejercer la función:

-El notario público (que ejerce la función pública privadamente)

-El notario al servicio de la Administración Pública.

En el primer caso -notario público-se trata de un profesional en derecho, especialista en derecho notarial y registral especialidad exigible a partir de noviembre de 2003), habilitación para el ejercicio pleno de las funciones notariales obligado a tener oficina abierta y no puede ser funcionario público, salvo las únicas excepciones contenidas en los incisos a y b artículo 5 del Código, a saber:

-Docente en centros universitarios.

-Magistrado o Juez suplente, que no ocupe el cargo activamente por más de tres meses.

Podrá ejercer sus funciones dentro y fuera del país, en el entendido de que, podrá autorizar actos o contratos en el extranjero, siempre y cuando sus efectos se den en Costa Rica y no tenga de tres meses de haber salido del país (para la utilización protocolo), o menos de seis meses (para mantener vigente su función notarial).

En el segundo caso, **el notario al servicio de la Administración Pública**, se identifican tres categorías:

-Notario del Estado (Funcionario público destacado en la notaría del Estado, y que presta sus servicios para toda la Administración Pública).

-El notario consular (Cónsul o funcionario diplomático con funciones consulares, autorizado por ministerio de ley y la D.N.N. para ejercer el notariado).

-El notario que brinda sus servicios, por reserva de ley, al amparo de las excepciones contenidas en el inciso d) del artículo 50 del Código Notarial.

Tenemos entonces, que en la prestación de servicios notariales por parte de profesionales o sujetos vinculados laboralmente a la Administración Pública, se dan tres únicos supuestos 1) El notario del Estado, quien devenga salario por disposición legal especial; 2) El notario consular quien percibe honorarios según el arancel consular; y 3) El notario excepción del artículo 5° inciso d), quien devengará honorarios, con las salvedades expresamente establecidas en el inciso b) del artículo 70 y párrafo segundo del artículo 80 del Código Notarial".

Definido el esquema por el que discurre el ejercicio de la actividad notarial y sus agentes, conviene analizar lo concerniente a la prestación del servicio y las regulaciones atinentes a su costo económico, entendido éste como "honorario".

V.- POSIBILIDADES DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 67 DE LA LEY DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS NOTARIALES: La Ley de la Contratación Administrativa, N° 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, regula los procedimientos a seguir para que la Administración Pública, contrate bienes o servicios con sujetos de derecho privado, para la consecución de sus fines.

El artículo 67 de ese cuerpo legal, establece:

"Servicios profesionales con sueldo fijo:

Se autoriza a las entidades públicas para que, utilizando su régimen ordinario de nombramiento de funcionarios, contraten, a sueldo fijo, a los profesionales que requieran para formalizar las operaciones, los avalúos, los peritajes, la atención de diligencias judiciales, o administrativas o cualquier otro tipo de intervención profesional relacionada con los servicios que brindan."

Esta disposición genérica ha sido repetidamente invocada para justificar la contratación de notarios a sueldo, o de planta, y no obstante se halla dentro de una normativa propia de la contratación de bienes y servicios de diversa índole en forma privada, ha sido utilizada para la constitución de relaciones

de servicio, muy distintas a la contratación de servicios profesionales privados (no de una función pública ejercida privadamente.), permitiéndose hasta una diferencia en cuanto a la forma de pago de estos servicios, respecto de otros usuarios o contratantes. Es principio general de derecho, contemplado en el Código Civil, artículo 8°, que "las leyes sólo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario, amén de que la derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga, y se extenderá también a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior", de tal suerte que las normas generales anteriores resultan tácitamente derogadas por aquellas posteriores y de orden especial que se promulguen: por ello, y sin perjuicio de la existencia del indicado numeral 67, en materia de notariado, el ordenamiento aplicable resulta ser precisamente el Código Notarial, que es Ley N° 7764 de veintidós de mayo de mil novecientos noventa y ocho, cuya vigencia inició seis meses después: en su necesaria remisión al Arancel de Profesionales en Derecho vigente. Obsta mencionar que el citado código es norma especial y posterior a la ley de Contratación Administrativa (al respecto, consultar pronunciamiento c-232-98, emitido por la Procuradora Adjunta Luz Marina Gutiérrez Porras, del cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho). Lo anterior no significa que se esté declarando la imposibilidad de la Administración de realizar contrataciones en uso del mencionado artículo 67, sino que en el **caso específico de los servicios notariales**, la norma deviene inaplicable por oponerse expresamente al Código Notarial, ordenamiento que expresamente rige las actividades propias del notariado, a quienes lo ejercen y sus destinatarios. Nótese cómo el indicado numeral 67, refiere que para la contratación las entidades públicas utilizarán "...su régimen ordinario de nombramiento de funcionarios...". lo cual evidentemente trae evidente colisión con el impedimento surgido de la relación de los artículos 4 y 5 del Código Notarial, según los cuales el funcionario no podrá **estar nombrado a plazo fijo, ni dentro del régimen de Servicio Civil** y por ahí, no es dable entonces -en materia de notariado- utilizar el régimen ordinario de nombramiento de funcionario, pues de hacerse así, se caería inmediatamente en el impedimento indicado. Otro factor del régimen ordinario de nombramiento, sería la remuneración por medio de salario, lo cual se contrapone al numeral 10 del Arancel de Profesionales en Derecho, al artículo 166 ya tantas veces citado, y podría incluso encuadrar en la conducta descrita en el inciso f) del 143 del Código, aparejando la aplicación del régimen disciplinario. Si se contratara a un notario bajo esta modalidad de salario, y resultare suspendido en el desempeño de funciones notariales, cabe preguntarse ¿Podría la Administración cesar el pago del salario, tendría que acudir a un proceso administrativo, a un despido o a una resolución contractual, por la no prestación de un servicio público? ¿Serían aplicables las normas referidas al Servicio Civil, cuando el Código Notarial exige precisamente que para ser notario no se puede estar dentro de ese régimen? Todos estos cuestionamientos tendrían que ser resueltos a la luz del caso concreto en la jurisdicción común, sin embargo, reflejan que el espíritu del legislador fue precisamente evitar este tipo de inconvenientes a la Administración pública, salvaguardando además, la autonomía e independencia del notario público, desde los efectos de su ejercicio privado. No en vano, el constituyente se ocupó de introducir en la Carta Magna la creación del Régimen de Servicio Civil, a fin de garantizar la eficiencia de la Administración, e idoneidad comprobada de sus funcionarios (artículos 191 y ;92 de la Constitución Política). Por todas estas razones, bajo la modalidad del numeral 67 de la Ley de la Contratación Administrativa no es

posible la contratación de notarios mediante el sistema de retribución fija. (Sobre el tema, consultar Directriz 004-2000, de las siete horas treinta y tres minutos del veinte de julio de dos mil.

VI.- OBLIGATORIEDAD DEL COBRO DE HONORARIOS: En retribución del ejercicio de la función notarial, el fedatario debidamente habilitado, cobrará honorarios según se establezca en el arancel respectivo -actualmente el decreto ejecutivo 20307-J- cuyo artículo 10 reza:

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

Ese derecho-deber reafirmado en el artículo 166 del Código Notarial, es atinente en forma exclusiva a ese profesional, y sólo él, una vez ingresado a su patrimonio, podrá cederlo extraordinariamente, si así lo cree oportuno. Lo anterior, entendiéndose de una cesión y no de una relación de cobro o no de honorarios, por cuanto el servicio notarial no admite gratuidad en general. (artículo 143, inciso f) y 166 del Código Notarial). La doctrina ha sido coincidente en establecer que las cesiones de honorarios son admitidas siempre y cuando se hagan de forma integral, ya que su cesión parcial se identifica como competencia desleal, y por ahí, violatoria de los principios éticos y deontológicos notariales; en este sentido, el Código de Moral, establece que el profesional en derecho hade ser leal y veraz y debe actuar de buena fe, cuidando con todo esmero de su honor, eludiendo cuanto pueda afectar su independencia económica, comprometer su decoro o disminuir, aunque sea en mínima medida, la consideración general que debe siempre merecer (relación de los artículos 2° y 4°; no es dable pensar que estos valores resulten ajenos al ejercicio del notariado, por parte de esos profesionales, ya que no puede concebirse la existencia de una doble moral o principios contrarios en el desempeño de dos funciones complementarias entre sí; máxime si se tiene presente que para ser notario se exigen como requisito ser abogado. Es por ello, que dichas normas resultan en un todo aplicables al notario y más aún al ser éste, un funcionario público, de quien se exige una conducta que garantice la legalidad y moralidad de sus actos, atendiendo a la satisfacción de los intereses de la colectividad, representada ésta por cada uno de los usuarios requirentes del servicio. según se desprende de la relación de los artículos 111 a 114 de la Ley General de la Administración Pública. El conocimiento, las destrezas, habilidades y valores que todo notario público está obligado a practicar en toda actuación, siempre se proyectan al mundo jurídico notarial por medio del documento. Ese documento representa la materialización del ejercicio de la función notarial, respecto al fedatario público y para el usuario prueba física de lo querido por él, que le da derecho para exigir a las oficinas públicas el trámite respectivo y su materialización; por si prueba los hechos, actos o contratos otorgados por ese usuario. Esta conjugación de ejercicio y servicio a la vez en materia de honorarios se perfila como un medio de costo del servicio. Lo anterior, por cuanto la fe pública no es tasable. No obstante,

en esa materia juegan un papel muy importante la ética, la moral y los valores que el notario público conciba. Cobrar más o menos de lo establecido en el arancel, lesiona la armonía de una serie de -convicciones personales, que representan en el fedatario: **probidad:** entendida como la rectitud, honradez, integridad de pensamiento y acción; **decoro:** como una forma de vivir digna y decentemente, dándole a la profesión el brillo y honor que merece a través de una conducta honesta y discreta; **prudencia:** asesorando adecuadamente a las partes con observancia de una actitud conciliadora de sus voluntades; **lealtad:** actitud fiel y justa ante las partes, coti observancia rigurosa del secreto profesional; **independencia:** entendida como una completa libertad en el ejercicio de su ministerio, nada salvo el respeto a las leyes y el orden público, limitarán su libertad de pensamiento y acción; **veracidad:** respecto de las manifestaciones que componen los documentos que autoriza, y el asesoramiento jurídico notarial **juridicidad:** ajustando la voluntad de las partes al ordenamiento jurídico; **eficiencia:** prestando a los usuarios un servicio seguro y eficaz; **actualización de conocimientos:** deber de investigación y estudio permanente del derecho u otras disciplinas que contribuyan a su mejor formación humanista y técnica; **solidaridad:** conlleva la consideración, respeto y fraternidad en las relaciones entre colegas (ver también el Código de Ética Profesional de Guatemala, emitido por el Colegio de Abogados y Notarios de esa nación).

Ciertamente, lo comentado nos lleva a reflexionar que desde la fe pública, el notario asume una responsabilidad moral de practicar esos principios no sólo desde el punto de vista de sus deberes como tal, sino que también en virtud de esa fe, la ley le otorga el derecho al cobro de honorarios. Por el deber que él tiene de adecuarse a un arancel prefijado, el derecho que nace de ese deber contempla por sí una actuación para sí, que prueba que el ejercicio para el cual fue habilitado se está realizando en forma privada, y que lo cobrado refleja una verdad, de ahí que esté obligado a extender una factura oficial, cuyo contenido admite desde la fe pública, la veracidad y cuantía de ese cobro, cuyo respaldo lo representa la actuación notarial que lo origina, que, por la naturaleza del servicio y el ejercicio, el cual siempre será de interés público, obliga al fedatario a ajustarse a la tabla del Arancel.

De conformidad con lo expuesto en líneas atrás, el contenido del artículo 166 del Código Notarial obliga al notario a ajustarse aun arancel al brindar el servicio notarial, motivando el indebido cobro, la eventual aplicación de sanciones disciplinarias, el cual, traducido al régimen jurídico notarial y desde el punto de vista de la ética, produce dos efectos, a saber-. por un lado, un perjuicio a la fe pública, cuando en virtud del cobro de mas o menos honorarios, el propio notario estaría deformándola a través de una manifestación que no se ajusta a la verdad, tanto desde el documento, cuanto de la factura oficial que entregue en ese sentido, y por otro, que cualquier anomalía en el cobro de honorarios representa una competencia desleal.

Estas exigencias de orden moral, legal y profesional, constituyen el desarrollo, a través de la norma secundaria, del precepto constitucional contenido en el artículo II de la Carta Magna, según el cual, los funcionarios públicos deben observar la ley, prestar juramento previo a sus funciones y cumplir con la Constitución y las Leyes. Todos estos postulados son aplicables al ámbito jurídico notarial costarricense. tutelando el asesoramiento, interpretación y autenticación de aquellos actos que el fedatario autorice en el desempeño de su función.

VII.-DETERMINACIÓN DE LOS HONORARIOS: El procedimiento aplicable en materia de determinación de honorarios notariales, está taxativamente indicado en la norma 166 del Código Notarial, estableciendo además, que corresponde al Colegio de Abogados realizar las fijaciones y someterlas a la aprobación del Ministerio de Justicia y Gracia, el cual las promulgará vía decreto ejecutivo. El legislador depositó en los colegios profesionales la fijación de aranceles, precisamente por tratarse de corporaciones privadas de derecho público, que se encargan de vigilar el correcto ejercicio profesional de sus agremiados, en las cuales el Estado ha delegado su función disciplinaria. En el específico caso de los notarios, y siendo que normalmente el desempeño de la abogacía vade la mano con el del notariado, es que se ha estimado conveniente mantener en una misma regulación lo atinente a esos emolumentos, correspondiéndole, como se dijo, al Colegio de Abogados la confección de la respectiva tabla. Un ejemplo de esa alternabilidad en el servicio y su retribución, lo constituye precisamente el deber de asesoría jurídica y notarial que está obligado el notario a proveer a las partes el cual se cancela bajo el renglón de servicios notariales. Otro caso similar -

pero inverso- se presenta cuando tramita la actividad judicial no contenciosa (a la que accede en su condición de notario), establece el artículo 137 del Código, que: "Los notarios autorizados devengarán honorarios iguales a los que perciben los abogados por la tramitación de asuntos similares en sede judicial". Es claro que este tipo de remisiones, sólo serán aplicables en el tanto y cuanto estén expresamente autorizadas por el ordenamiento, pues como se ha afirmado ya, las fijaciones de honorarios notariales, al ser de orden público no admiten posibilidad alguna de negociación o variación. Cualquier disposición que afecte, la vigencia del cobro de honorarios, en el fondo, constituye una violación a los artículos 10 del arancel y 166 del Código Notarial, motivando la 4 aplicación del inciso 1) del artículo 143 del Código Notarial, cuando -adviene que podrá sufrir una suspensión de hasta por un mes, aquel notario que no se ajuste a las tarifas fijadas y cobre menos, o sea exceda en el cobro a estableciendo la libertad de percibir en suma mayor hasta el cincuenta por ciento de lo establecido, en el único caso que la norma en relación admite (complejidad del asunto). La jurisprudencia emanada por los tribunales disciplinarios notariales, ha compelido a la devolución de los montos cobrados de más, en concepto de servicios notariales (ver entre otras, resolución del Juzgado Notarial, número 216-00, de las siete horas treinta minutos del veintitrés de mayo de mil). Las partes relacionadas con la actividad notarial (profesional y usuarios) están sujetas a la regulación arancelaria. misma que al ser un decreto ejecutivo, es de orden público Por esa razón le está impedido al notario público, o bien al usuario, establecer convenios respecto a los honorarios, toda vez que el principio de rogación que identifica este servicio, está fundamentado en el principio de libertad de que todo ciudadano puede utilizar los servicios del notario de su elección. El servicio notarial es público, y bajo esa premisa, quien lo utilice sea ordinaria o extraordinariamente. No podrá variar la esencia de la actividad notarial en cuanto a honorarios se refiere y quien pretenda hacer cualquier variación de las sumas establecidas en el arancel vigente, estaría adoptando competencias que son propias de la reserva de Ley. En este sentido, si bien es cierto, las personas físicas o jurídicas, que por el giro normal de su actividad, tienen una alta demanda de servicios notariales, juegan un papel muy importante en ese campo; no puede concebirse que sean ellas quienes fijen la pauta a seguir en lo que al ejercicio se refiere, -ello en virtud

de que la fuente de esa actividad la constituye la ley, al exigir para determinado acto o negocio jurídico, la autorización notarial, convirtiendo en obligatorio el servicio, por lo que las partes, no pueden invocar, en ese sentido, el principio de autonomía de voluntad, siendo que la ley impone esa obligación, y su no acatamiento implicaría la carencia de un requisito formal de eficacia en ese acto o contrato. Como ejemplos de lo anterior, encontramos: el matrimonio civil y divorcio por mutuo consentimiento (artículos 24, 48 inciso 7 y 60 del Código de Familia); el traspaso de vehículos automotores (artículos 8° y 9° de la Ley de Tránsito); la constitución y cancelación de hipoteca, el poder especial con efectos registrales (artículos 409, 439 y 1256 del Código Civil); la constitución, modificación, disolución y fusión de sociedades, y la prenda (artículos 19 y 554 del Código de Comercio), entre otros. Tampoco es dable aceptar que las partes fijen condiciones restrictivas a los honorarios, a cambio de la prestación del servicio; lo anterior en virtud de que ese rubro material, es producto del ejercicio de la función pública ejercida Privadamente. Igualmente, porque el servicio notarial siempre tendrá esa connotación ves el arancel el que orienta y define el pago de esos servicios que siempre tendrán una modalidad: El Honorario.-

VIII.- En la misma línea de pensamiento del considerando anterior, y tomando en cuenta que el honorario, bajo un arancel preregulado, motiva un cálculo matemático, respecto al monto que pueda constituir el servicio prestado por el notario externo a las entidades públicas, la prestación del servicio se canaliza mediante la existencia de mies de distribución. no pudiendo ser nombrado el notario, en más de tres instituciones públicas. Tales disposiciones normativas, definen un régimen de distribución equitativa del ejercicio privado de la función pública; referente a la escrituración, de actos o contratos en que la Administración figura como partes, respecto a los notarios activos y aptos para brindar ese servicio, en igualdad de oportunidades, a nivel de requerimientos, condiciones y deberes; máxime si se toma en cuenta que por el giro normal de su actividad, en términos globales tiene gran demanda de los servicios notariales accesorios a su actividad ordinaria. Se pueden distinguir dos grandes tipos de usuarios de los servicios notariales: 1.-El Estado en sus distintas denominaciones; y 2.-particulares (personas físicas o jurídicas), sujetos del derecho privado. Ciertos servicios propios de determinada negociación contractual, requieren de la intervención notarial, bien sea para proveer al negocio de las formalidades legales, o para garantizar los efectos de éste Piénsese en la compra-venta de un bien mueble o inmueble, en donde se constituye garantía prendaria o hipotecaria (según sea el caso), en virtud de la concesión de un crédito para el pago del bien adquirido. Aquí se aprecia la intervención de tres partes: a) el vendedor; b) el comprador; y c) el acreedor del crédito otorgado y a favor de quien se da la garantía. Esta diferencia de participación de cada uno de ellos, no admite identificar posiciones de poder entre los intervinientes, ya que si bien es cierto se dan simultáneamente distintos negocios jurídicos, también lo es que, basta que uno de ellos no participe, para que el respectivo acto o contrato no se de. Así, no puede haber compra-venta si se carece del vendedor o el comprador, y tampoco podrá existir la constitución del crédito y su garantía accesoria, si no media la solicitud por parte del deudor y la aceptación del prestatario. Esta necesaria interrelación define la igualdad que debe privar entre las partes, quienes acuden al notario para la satisfacción de sus propias causas e intereses, comúnmente recíprocos entre sí. Por su naturaleza, el costo (honorarios) del servicio notarial

no puede concebirse como un valor de mediación entre las partes contratantes. Esto quiere decir que, las entidades no podrán utilizar o negociar el monto de los honorarios, como un valor agregado al producto que brindan (sea créditos, venta de bienes, entre otros), **pues los honorarios pertenecen al profesional autorizante, no a las partes contratantes**, y su fijación, obedece a criterios legales de orden público, de acatamiento obligatorio. Es por ello que, tampoco se justifica una intermediación en el pago de los honorarios, sino que quien los cancela, debe directamente entregarlos al notario y exigir de él, el correspondiente recibo, según lo dispone el ordenamiento jurídico. Como se dijo, la función notarial no admite mediación alguna en materia de honorarios, por parte de aquellos usuarios que frecuentemente requieren los servicios notariales, ni tampoco los fedatarios pueden establecer convenios en esa materia con las partes, sean personas físicas o jurídicas; de existir esa clase le convenios estos no obligan al notario, quien podrá reclamar sus honorarios del modo y en la cuantía que fija el arancel de profesionales en derecho (artículo 10, Decreto Ejecutivo 20307-J). Los honorarios definidos en ese arancel, unifican un valor económico preestablecido del costo en moneda nacional o su equivalente en otra divisa, del servicio público notarial, y CII caso de que el instrumento público no indique que los mismos no fueron cancelados, se presume su pago (doctrina del artículo 167 del Código Notarial). Estas circunstancias, nacen al amparo del principio constitucional de igualdad, en dos vertientes: a) en el tanto de que todo notario obtendrá el mismo honorario por la misma labor; y b) en cuanto al usuario, en la medida de que cuenta con una uniformidad en el cobro del servicio notarial cuyo pago, aunado al cumplimiento de los requisitos legales, le proporcionan la seguridad del servicio. Admitir otro sistema de pago no regulado por la norma 166 del código rector de la materia y el arancel vigente, constituye la apertura de elementos discriminatorios, tanto para el usuario, cuanto para el notario autorizante, quien por ley, tiene un marco jurídico económico inviolable: No puede apartarse del arancel ni hacia abajo ni hacia arriba (con la excepción del cincuenta por ciento en labores complejas). Por lo expuesto, en materia de honorarios, ni el notario, ni el usuario están facultados para variar la norma en el sentido apuntado.-

IX.- Esta Dirección, ha venido exponiendo reiteradamente, su criterio respecto de la autonomía e independencia de la función notarial. Hoy, esos elementos se conciben como bastiones preponderantes de un ejercicio transparente e imparcial, que determinan un asesoramiento legal notarial debido. En materia de prestación del servicio, según reza el artículo 6 del Código Notarial, el notario sólo puede excusarse por causa justa, moral y legal, pero una vez brindado el servicio, el cobro de honorarios se impone y sólo procederá la exoneración de ésta, cuando excepcionalmente puedan ser cedidos íntegramente por los notarios autorizados (labores a colegas) propietarios exclusivos de esas sumas, de manera que siempre debe cobrarlos. Ese beneficio resultante del cobro de notarios, a raíz del servicio público prestado por el notario, debe ser acorde con las responsabilidades que el mismo asume frente al usuario y los órganos fiscalizadores y disciplinarios, constituyendo el medio material posibilitante de la atención económica que implica el deber de la abierta una oficina y los gastos propios generados por ese servicio. Al no ser gratuito el servicio notarial, los emolumentos recibidos, retribuyen y justifican, en el fondo, la determinación de su responsabilidad, cuando causa algún perjuicio al usuario, tercero, o la misma fe pública. El propio código rector de la materia define un perfil "deseable" de los medios materiales con que debe contar el domicilio notarial,

al establecer que el notario deberá tener sello blanco, papel de seguridad, archivo de referencias, copias de todos los instrumentos licos que autorice; así como dar cuenta de su número de teléfono, facsímil, correo electrónico o apartado postal, silos tuviere, para los cuales cría contar como mínimo con dos líneas telefónicas, un facsímil y una computadora. Por otro lado, existe el requisito de que la oficina debe estar abierta al público, desde los requerimientos de esta Dirección, para los efectos fiscalizadores, así como del usuario con respecto a la seguridad de localizar al profesional en el momento que así lo necesite. De allí la obligación del fedatario de informar la ubicación de la oficina, y cuando se varíe, hacerlo del conocimiento en forma inmediata, motivándose un servicio continuo e ininterrumpido. Esto quiere decir que el fedatario tendrá que proveerse de los medios idóneos de comunicación cuando deba cumplir labores fuera de la oficina, propias del ejercicio de la función real o abogacía, lo cual implica que -de principio- dentro de la jornada normal u "horas hábiles" se cuente con una comunicación apuntada idónea, lo capacite para ser requerido, conforme las normas vigentes en la materia. La oficina o domicilio notarial, también conjuga en su íntima relación con el ejercicio de la competencia en materia judicial no contenciosa, convirtiéndose la notaría en el asiento de la autoridad que a su conocimiento el proceso no contencioso. Así se identifica como punto de referencia para aquellos actos que deba notificarle a la Procuraduría de la República, o bien para celebrar aquellos actos propios procedimiento judicial que el notario deba realizar en sede notarial, en los efectos del artículo 129 del Código Notarial. Esa oficina mente puede ser objeto de fiscalización por parte de la Dirección Nacional de Notariado, o los fiscales naturales notariales (cuando corresponda) en cuanto a los objetos materiales propios del ejercicio de la función notarial, así como desde su ubicación, de manera que de conformidad con la conjugación de las normas en la materia, se evoca una oficina que cuente con un mínimo de instrumentos materiales según ha ido dicho líneas arriba. Por lo anterior podemos concluir que toda actuación que lleve a cabo el notario público, genera la utilización de ese despacho, bien sea durante el acto (excepcionalmente no es así), y con prioridad a éste, pues toda la etapa posterior a la autorización del documento o escritura, necesariamente se lleva a cabo desde esa oficina, y donde se custodian los respaldos físicos de la actuación. La apertura continua del domicilio notarial, según se dijo anteriormente, motiva un horario mínimo y preestablecido por parte del notario, aun cuando se advierte que toda hora es hábil (artículo 37 del Código Notarial), ordinariamente debe realizar su gestión notarial dentro del horario de las oficinas que reciben y tramitan sus documentos. Precisamente este aspecto identifica la superposición horaria respecto al funcionario público, la cual esta Dirección ha definido como:

"...el choque que se genera entre la obligatoriedad de cumplir con una jornada ordinaria en una institución pública, y simultáneamente, tener que estar ejerciendo funciones notariales privadamente, desde su oficina abierta al público, **en el mismo espacio de tiempo**. Establece el Código Notarial (artículo 37) que todos los días y horas son hábiles para el ejercicio de la función notarial. Ello no implica que la oficina deberá permanecer abierta sin limitaciones, pero sí comprende que ésta tiene que mantener un horario establece, definido, acorde con las llamadas "hora de oficina", pues sino, cómo entender que el usuario pueda acceder a los servicios del notario." (Directriz 004-2000, de las siete horas treinta y tres minutos del veinte de julio de dos mil, considerando V).

De lo expuesto podemos indicar que el notario público podrá ir actos notariales sin sujeción horaria, pero entratándose de trámites registrales y administrativos, deberá al sujetarse a los horarios de las públicas que reciben y tramitan esos documentos notariales, y cuando no se genere una superposición horaria en los términos indicados.-

X.-Si bien es cierto el notariado es un servicio público, éste se presta en forma privada, y como consecuencia natural genera una testación, en este caso legitimada y definida por el ordenamiento a e un decreto ejecutivo. Las regulaciones aplicables en materia de horarios imponen que éstos deben ser satisfechos en forma inmediata. Lo anterior tomando en cuenta que, el notario público al momento de reí instrumento, debe aclarar en el recibo respectivo las cantidades recibidas tanto de los gastos, cuanto de los honorarios, y en caso de que éstos no sean satisfechos totalmente, deberá dejar constancia de ese hecho en el texto de la escritura, caso contrario, la ausencia de esa indicación hará presumir que todas las sumas fueron canceladas. A las partes corresponde verificar que el recibo se identifique correctamente con quien lo extiende, indicándose quien cancela las sumas relativas a honorarios, gastos, timbres, derechos y otros, con sus respectivas cantidades, haciendo una relación exacta del acto o contrato a que corresponde y si existe saldo en descubierto. Las implicaciones de los honorarios, no se limitan a un simple valor monetario, también traen repercusiones jurídicas y socio-económicas que abarcan acciones anteriores y posteriores a la autorización del documento (servicio notarial). Así, el artículo 64 del Arancel Profesionales en Derecho, establece:

"Labores que se incluyen en los honorarios de notariado.

Además de la confección del instrumento origina honorarios comprenden la asesoría del caso y la expedición correspondiente testimonio, certificación o reproducción que deben extenderse así como los tramites de inscripción en el Registro Público que corresponda y la corrección de defectos atribuibles al notario. Toda otra labor debe cubrirse por separado."

En su oportunidad, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (competente con la anterior Ley Orgánica de Notariado) y hoy, el Juzgado y Tribunal Notarial, han dejado claros los alcances de esta norma, al imponer al notario público el deber funcional de inscribir las escrituras ante él otorgadas, cuando le han sido cancelados la totalidad los honorarios (ver además, relación de los numerales 67 y 68 del Arancel de Profesionales en Derecho, Decreto Ejecutivo 20307-J). A mayor abundamiento, consultar el estudio "Naturaleza Jurídica de la Dirección Nacional de Notariado", propiamente el tema referido al "ciclo cartular" en el cual se identifican claramente las etapas que componen la cartulación notarial.

XI-Se entiende que todo instrumento público tiene plena validez, en el tanto de que el servicio del notario se presta de conformidad legitimidad, de manera que el instrumento público produce por si mismo, los efectos jurídicos que deban derivarse de la voluntad de los otorgantes, obliga a las oficinas para darle el trámite necesario, a fin de cumplir con lo querido por ellos y prueba los hechos, situaciones y demás circunstancias de que el notario haya dado fe en el ejercicio de su función. El régimen disciplinario aplicable al notario público, mantiene una rigurosidad con la naturaleza de ese servicio, y sobre todo que el usuario o tercero se vea perjudicado con la conducta del notario en el ejercicio de la e notarial, pueda recurrir ante la Dirección o los tribunales notariales -competa- para hacer valer su derecho. El Decreto

ejecutivo número: 20307-J y sus reformas publicadas en Gaceta Número 136 de 19 de julio de 1993, es el vigente en materia de fijación de honorarios notariales. Aquellas actuaciones que ora podían ser plasmadas en un documento privado pero que, por imperativo legal actualmente deben constar en es pública, serán remuneradas de conformidad con el arancel dentro del ámbito notarial. Anteriormente, se aplicaban tarifas de abogacía determinados actos (vgr. cartas de venta de vehículos), sin embargo no puede ser alegado para inobservar las disposiciones legales vigentes así lo establece expresamente el anteriormente citado artículo Código Civil, al indicar; "Las leyes sólo se derogan por otras posteriores contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica contrario...". Las reformas que traigan como consecuencia, la utilización de servicios notariales para determinado acto jurídico, motivan ineludibles honorarios notariales al tenor del artículo 166 del Código Notarial arancel en materia notarial propiamente. de conformidad con las contenidas en el artículo 70 y siguientes del Decreto Ejecutivo 20307-J as deberá aplicarse en el caso concreto, por parte de notarios, usuarios y entidades públicas o privadas.

Xll.- La Dirección Nacional de Notariado, es la dependencia del Poder Judicial, que por ley está legitimada para referirse a cuestiones propias de toda la actividad notarial (sobre el particular, consultar e de la Naturaleza Jurídica de la Dirección, ya citado). Así, por poder imperio, y siempre que por ley no le corresponda a otro órgano, la Dirección, es la única con competencia para emitir pronuncian vinculantes referidos al ejercicio de la función notarial y, en consecuencia cualquier disposición que emane de otro órgano o ente público que no cuente con legitimación legal expresa, no alcanza la categoría de obligatorio, y mas aún, es totalmente inaplicable si se contraposición de dispuesto por la Ley y por esta Dirección. Los notarios serán sanción por no acatar los lineamientos, exigencias o directrices de este despacho cualquier otra autoridad competente para emitirlos (inciso b) del a 143 del Código Notarial). La oficina que reporta el notario público a la Dirección Nacional de Notariado, constituye la ubicación de la notaria para todos los efectos que se deriven de su ejercicio. El servicio en entratándose de labor registral, obliga al notario a cumplir con los requerimientos de estilo dentro del horario respectivo de las oficinas que reciben y tramitan sus documentos. En materia de honorarios notariales (salvo los consulares), rige lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo n 20307-1, del quince de junio de mil novecientos noventa y tres notario activo que ejerza plenamente la función dentro de los presupuestos indicados en la directriz sobre la autonomía e independencia de la función notarial número cuatro-dos mil, de las siete horas treinta y tres minutos del veinte dc julio de este año, debe ajustarse a ese arancel en toda actividad notarial, sea protocolar o extraprotocolar. Cualquier acuerdo adoptado en materia de honorarios, por el notario público con el usuario, sea persona física o jurídica es inaplicable en tanto contravenga las disposiciones del arancel, el Código Notarial y las directrices o pronunciamientos de esta Dirección".

Teniendo presente la serie de consideraciones y fundamentos que tuvo presente la Dirección Nacional de Notariado para dictar la directriz que nos ocupa, los cuales han sido expuestos en lo conducente en la transcripción anterior, se considera pertinente seguidamente exponer la serie de argumentos y razonamientos jurídicos que, tanto la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia como esta misma Procuraduría General de la República (actuando tanto en su condición de órgano asesor superior consultivo de la administración pública como

órgano asesor imparcial de la propia Sala Constitucional), han tenido para sostener la viabilidad legal y procedencia constitucional de que los notarios públicos estén posibilitados de recibir una remuneración fija-salario-, en el ejercicio de su función pública notarial dentro del ámbito de la administración pública.

**III.- JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DE LA PROCURADURÍA
GENERAL DE LA REPUBLICA SOBRE EL ARTÍCULO 67 DE LA LEY DE
CONTRATACION ADMINISTRATIVA**

La Sala Constitucional, en reiteradas ocasiones, ha reconocido y desarrollado lo estipulado en el artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa, el cual autoriza a las entidades públicas a contratar, bajo el régimen ordinario de nombramiento de funcionarios, a profesionales, entre ellos los notarios públicos, con la finalidad que estos les presten sus servicios profesionales, bajo un sueldo fijo y no por medio del pago de los honorarios establecidos por la tabla correspondiente.

En ese orden de ideas el voto N° 444-2000 de las 16:51 horas del 12 de enero del 2000 de la Sala Constitucional, indicó de manera expresa lo siguiente:

"I.- DEL FUNDAMENTO ÉTICO-CONSTITUCIONAL PARA EL NO PAGO DE HONORARIOS DE LOS ABOGADOS Y NOTARIOS QUE TRABAJAN EN UNA INSTITUCIÓN PÚBLICA. Por último, se impugnan los artículos 7 inciso b) y párrafo final del artículo 8 del Código Notarial, por no permitir que los notarios públicos que trabajan en instituciones públicas bajo el régimen de dedicación exclusiva, cobren honorarios profesionales por el ejercicio del notariado.

"Artículo 7.- Prohibiciones. Prohíbese al notario público:

[. . .]

b) Autorizar en la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas, de las cuales reciba salario o dieta, actos o contratos jurídicos donde aparezcan como parte sus patronos o empresas subsidiarias. No obstante, podrá autorizarlos siempre que no cobre honorarios por ese concepto.

Sin embargo, los notarios en régimen de empleo público podrán cobrar los honorarios correspondientes a los particulares, en los casos de formalización de escrituras relacionadas con los fondos de ahorro y préstamo que funcionen adscritos a cada institución, y no corresponda a la actividad ordinaria del ente patronal.

[. . .]"

"Artículo 8.- Regulaciones para la Administración Pública.

[. . .]

Cuando en los actos o contratos jurídicos en que sean parte el Estado, sus empresas, las instituciones autónomas y semiautónomas, sean autorizados por notarios que devenguen salario, dieta u otra remuneración de la institución

respectiva, quien los autorice no podrá cobrar honorarios profesionales al Estado ni a terceros."

Los accionantes deben tener presente que la imposibilidad de cobrar honorarios no proviene de lo dispuesto en las normas impugnadas, sino que éste nace a partir de la promulgación de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, número 6872, de diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y tres, que dispone:

"Los funcionarios y empleados de los Poderes Públicos y de las instituciones autónomas, de las universidades y de las municipalidades, que devenguen porcentajes de su salario o sumas de otra índole como indemnización por el no ejercicio particular o privado de su profesión, **no tendrán derecho a percibir honorarios por los servicios profesionales que brinden en el ejercicio de sus funciones.** Las sumas que correspondan al Estado por honorarios, se destinarán al fondo especial a que se refiere el párrafo primero del artículo 100 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa."

Si bien es cierto que el Banco Popular y de Desarrollo Comunal tiene una naturaleza especial, al categorizarlo como una "[. . .] **institución de Derecho Público no estatal, con Personería Jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía administrativa y funcional**", según lo dispone el artículo 2 de su Ley Orgánica, número 4351, de once de julio de mil novecientos sesenta y nueve, su funcionamiento -expresamente- está sujeto a las normas del Derecho Público, como lo dispone esa misma disposición, en virtud de lo cual, no puede entenderse que haya una excepción para la aplicación de esta normativa a los funcionarios del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, como lo había considerado la Procuraduría General de la República en la Consulta C-188-91, del veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y uno, toda vez que la interpretación auténtica a que hace referencia -artículo 16 de la Ley número 6999, de veintiocho de agosto de mil novecientos ochenta y cinco-, es únicamente respecto de la Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público, número 6995, y la que la contiene, sea la número 6999:

"Interpretanse auténticamente las disposiciones de la Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público, No. 6995 del 24 de febrero de 1984 y sus reformas, así como la presente ley, en el sentido de que se entenderá por instituciones públicas únicamente las estatales, salvo que expresamente se manifieste lo contrario."

Posteriormente, se promulga la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, reformada por la número 7612, de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis; que contiene una disposición bajo los mismos principios que rigen las normas en comentario, en cuanto dispone:

"Artículo 67.- Servicios profesionales con sueldo fijo.

Se autoriza a las entidades públicas para que, utilizando su régimen ordinario de nombramiento de funcionarios, contraten, con sueldo fijo, a los profesionales que requieran para formalizar las operaciones, los avalúos, los peritajes, la atención de diligencias judiciales o administrativas o cualquier otro tipo de intervención profesional relacionada con los servicios que brindan.

Para esos efectos, no operará el pago que rija por concepto de honorarios para la prestación de la actividad. La institución no trasladará el costo de la contratación de esos profesionales al usuario de los servicios; pero sí deberá cobrar los demás costos implícitos, cuando deba inscribirse el documento respectivo o se requiera pagar algún tipo de tributo."

Se repite, todas estas disposiciones, tienen un hondo contenido ético y moral, que en este punto está en estrecha relación con el principio de la sana administración de los fondos públicos. Es importante recordar que la contratación de servicios profesionales de abogado y notario puede realizarla la Administración Pública por dos vías: como servidores de la institución mediante un contrato laboral cuya remuneración será un salario, y una compensación económica si se firma el contrato de dedicación exclusiva -supuesto que es el que interesa en esta acción-; y la contratación de profesionales en derecho -abogados y notarios- para que presten estos servicios en forma externa, mediante un contrato administrativo de servicios profesionales. En el primer supuesto, se crea una relación laboral, de subordinación del profesional a la institución, la cual es retribuida mediante el pago de un estipendio de naturaleza salarial establecido de previo, el cual no permite al servidor de ninguna otra remuneración por los servicios que presta. Nótese que si el profesional fue contratado en su condición de abogado y notario, le corresponde la confección y redacción de contratos, autenticación de firmas, la representación de los intereses o causas de la institución para la que labora en los tribunales de justicia, la cartulación, estudios de registro, etc.; funciones en la que está implícitamente la de dar asesoría en el campo de su especialidad, es decir, a brindar el consejo técnico que se le solicite. Es por ello que para estos abogados -los de planta-, resulta improcedente el cobro de honorarios por los procesos judiciales que deban atender, toda vez que estas tareas no generan absolutamente ningún derecho al cobro de honorarios a favor de los abogados que sean funcionarios de la entidad, ya que las mismas ya son retribuidas en su salario; si se les pagaran estos honorarios, estos profesionales estarían percibiendo un salario y honorarios profesionales por el mismo trabajo para el que fueron contratados, lo cual a todas luces es improcedente e ilógico. Cabe concluir entonces, que independientemente de la denominación que se utilice en el manual descriptivo -sea como asesor o como abogado, o notario-, si el puesto tiene como parte de sus funciones la de atender la tramitación de los procesos tanto ejecutivos como ordinarios en lo que figure la institución pública para la que labora, la redacción de escrituras públicas, formalización de créditos, realización de estudios registrales y demás actos jurídicos en los que participe la institución en la y los actos institución pública para la que laboran, es evidente que el profesional no podría percibir los honorarios, pues esos servicios profesionales se entienden remunerados con el salario; por ello es necesario que el contenido de las obligaciones que asume el servidor contratado estén claramente especificadas, sea en el contrato laboral o en el manual descriptivo de puestos. (En este mismo sentido se ha manifestado la Contraloría General de la República (en oficios número 2328-93 y 5865-95, y la Procuraduría (General de la República en los dictámenes número C-13-89, C-83-91 y C-112-93)).

Por último, debe tenerse en cuenta que el párrafo segundo del artículo 7 del Código Notarial contiene una excepción a esta prohibición genérica, en relación con determinadas actividades notariales, sea la formalización de escrituras relacionadas con fondos de ahorro y préstamo que funcionen adscritos a la

institución y que no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal. Lo anterior se justifica plenamente, por cuanto existen instituciones, como las entidades bancarias o de ahorro y préstamo, entre las que está -precisamente- el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, cuyo objetivo primordial es la "protección económica y bienestar de los trabajadores" a través del ahorro y la concesión de créditos personales (artículo 2, párrafo segundo de su Ley Orgánica, número 4351), lo que haría que los funcionarios que laboran en este tipo de instituciones pudieran cobrar honorarios por el normal desempeño de sus funciones, es decir, para las que fueron expresamente contratados, lo que se repite, constituiría un doble pago por la misma función. Para mayor comprensión de la norma impugnada, debe partirse de lo que significa el término jurídico-administrativo de "actividad ordinaria de la Administración", para lo cual, remitimos a los accionantes a lo considerado en sentencia número 06754-98, de las quince horas treinta y seis minutos del veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, en que se refirió a este concepto en forma pormenorizada de la siguiente manera:

"En este sentido, es precisamente el artículo 96 inciso a) punto 1) de la Ley de la Administración Financiera de la República -impugnado en esta gestión de inconstitucionalidad-, la disposición normativa que definía los alcances de ese concepto, remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 199 del Reglamento de la Contratación Administrativa (Decreto Ejecutivo número 7576-H, de veintitrés de setiembre de mil novecientos setenta y siete) -también impugnado en esta acción- en cuanto decía:

«Para los efectos indicados se entiende como actividad ordinaria, sólo la que realiza la Administración Pública dentro del ámbito de su competencia a través de una actividad o servicio (prestación última para el cumplimiento de sus cometidos) cuya relación contractual constante o frecuente con los usuarios, tanto como el dinamismo que la naturaleza de su tráfico le impone, resultan incompatibles con el procedimiento usual de concurso. (...)" (Lo resaltado es del original) (Veáse en ese mismo sentido los votos N° 8320-97 de las 12:12 horas del 05 de diciembre y 418-2001 de las 15:17 horas del 16 de enero del 2001)

Dentro de esa misma línea de pensamiento, la Procuraduría General de la República ha reconocido la viabilidad de lo expuesto por parte del supra citado artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa, el cual autoriza a las entidades públicas contratar profesionales a sueldo fijo. Así tenemos la Opinión Jurídica No. OJ-008-99 de 11 de enero de 1999, que indicó lo siguiente:

"En otro orden de cosas, con la puesta en vigencia de la Ley de la Contratación Administrativa, el Estado se pone claro, en la facultad de contratar los servicios profesionales de un notario a sueldo fijo, según lo podemos notar del numeral 67 de ese cuerpo legislativo, cuando establece:

Artículo 67.- Servicios profesionales con sueldo fijo: (...)"

Dentro de ese contexto legal, el artículo 69.2 de su Reglamento (...) prescribe: (...)"

De lo anteriormente transcrito, se comprende lo que dispone el artículo 7, inciso b), párrafo segundo del Código Notarial de referencia, cuando prescribe que "los notarios en régimen de empleo público podrán cobrar los honorarios correspondientes a los particulares, en los casos de formalización de escrituras

relacionadas con los fondos de ahorro y préstamo que funcionen adscritos a cada institución, y no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal.", lo cual quiere decir que, el notario contratado por la Administración Pública no devengaría otra remuneración que el salario preestablecido legalmente, salvo si realiza alguna tarea notarial en los organismos que tienen a cargo esa clase de fondos, entonces solo en ese caso, podría cobrar honorarios. En ese sentido, se logra extraer de las actas de la Asamblea Legislativa en torno al punto en discusión, así:

"...tan es así la buena fe de la comisión redactora, que por ejemplo, en el artículo 9 establecemos la posibilidad de que el Estado, las instituciones descentralizadas y las empresas públicas tituladas como sociedades anónimas puedan nombrar notarios a sueldo fijo. Nos evitamos de esa forma los notarios externos, por decirlo así, del Sistema Bancario Nacional. Eso a quién va a beneficiar? Al cliente del banco, al cliente de la institución. Los notarios de las instituciones del Estado por lo general han abusado en las funciones de sus cargos, nos hemos encontrado instituciones en donde los notarios de la institución o el departamento legal obliga a protocolizar el acto de una adjudicación de una licitación, y cobra honorarios sobre el monto de la adjudicación, y eso no tiene ninguna razón de ser, ningún sentido. La intención de nosotros en esta disposición es que el Banco Nacional tenga un cuerpo de cincuenta notarios a sueldo fijo, así el cliente no paga honorarios de notario..." (Ver, Expediente No. 10.102, folios 124 y 125)

En consecuencia, del espíritu del nuevo Código Notarial, se logra extraer, con determinante precisión, que todo servidor común y corriente de la Administración Pública, aún en aquéllos supuestos contratados como notarios, bajo la modalidad de un nombramiento usual, no pueden devengar, por la prestación de sus servicios ordinarios, otra retribución que no sea el salario o dieta. Así lo contiene, de por sí, el párrafo tercero del artículo 49 de la Ley de la Administración Financiera de la República, como lo señalaremos en la posterior sección" (en particular, téngase presente también en este mismo sentido lo consignado en el dictamen de Procuraduría No. C-232-98 de 4 de octubre de 1998)

Esta Opinión Jurídica fue retomada en el Dictamen N° C-160-99 del 10 de agosto de 1999, en la cual se estableció lo siguiente:

"C.- SALARIO: Lógicamente, como contraprestación de sus servicios, el servidor es retribuido mediante el salario correspondiente al cargo.

2.- A contrario sensu, si faltare alguno de esos elementos, la relación habida entre el empleado y el Estado sería de otra clase, más no, una relación de trabajo pura y simple. Verbigracia, la contratación por servicios profesionales o técnicos, en cuyo caso, la doctrina se ha ocupado de analizarla, así:

"La forma de remunerar los servicios prestados es quizás, en el caso de los profesionales liberales, la nota distintiva que permitiría distinguir si entre las partes existe un contrato de trabajo o no. Diluida la subordinación por la independencia técnica en que se encuentra quien presta el servicio, la retribución fijada por el profesional libremente, en forma de honorarios, revela que el médico, el abogado, el ingeniero, etcétera, están actuando como tales profesionales liberales: en tanto que cuando la remuneración ha sido dispuesta por el empresario y tiene carácter fijo, por más que se la llame

honorarios, la misma no tiene de tales más que el nombre. Los honorarios son fijados libremente por el profesional, que establece según su honor el mérito de su trabajo. He ahí la distinción que puede permitir mejor la calificación de los servicios prestados cuando se trate de quienes ejercen una profesión liberal ".(CABANELLAS (Guillermo) Tratado de Derecho Laboral, Tomo II, Edición Eliastra S.R.L. 1988. P. 179.)

De lo anteriormente expuesto se explica, que uno de los presupuestos importantes definidores de una "contratación por servicios profesionales o técnicos", lo es, el tipo de pago que se le hace al contratista(7). Ello, como contraprestación de la tarea especial a que se obliga cumplir, de acuerdo con los términos preestipulados en el convenio suscrito entre ambas partes. Generalmente esa retribución es denominada "honorarios", la cual, es fijada libremente por los contratantes, según las reglas tarifarias que para esos efectos existen.

NOTA (7): Claro está, siempre y cuando no esté presente la subordinación que califica a la relación de trabajo común.

Al mismo tiempo, se expone en la comentada doctrina, que esa figura contractual podría darse también, bajo la modalidad de una relación de servicios pura y simple, cuando de su propio contenido se desprende además la dación de una remuneración fija.

Esa forma de razonamiento, se plasma, fundamentalmente, en los artículos 64, 65 y 67 de la Ley de Contratación Administrativa(8), lo siguiente:

NOTA (8): Ley 7494 de 03 de mayo de 1995.

"Artículo 64. Procedimiento de contratación de servicios.

Los servicios técnicos o profesionales, a cargo de personas físicas o jurídicas, se contratarán por los procedimientos de licitación pública, licitación por registro o licitación restringida según corresponda, de acuerdo con el monto."

"Artículo 65.- Naturaleza

La contratación de servicios técnicos o profesionales no originará relación de empleo público, entre la Administración y el contratista, salvo en el caso del primer párrafo del artículo 67 de esta Ley."

"Artículo 67.-Servicios profesionales con sueldo fijo

Se autoriza a las entidades públicas para que, utilizando su régimen ordinario de nombramiento de funcionarios, contrate, con sueldo fijo, a los profesionales que requieran para formalizar las operaciones, los avalúos, los peritajes, la atención de diligencias judiciales o administrativas o cualquier otro tipo de intervención profesional relacionada con los servicios que brindan." Para esos efectos, no operará el pago que rija por concepto de honorarios para la prestación de la actividad. La institución no trasladará el costo de la

contratación de esos profesionales al usuario de los servicios, pero sí deberá cobrar los demás costos implícitos, cuando deba inscribirse el documento respectivo o se requiera pagar algún tipo de tributo."

Como ha quedado evidenciado de los textos legales transcritos, en nuestro ordenamiento público existen dos opciones para la contratación especial de servicios de análisis; siendo la primera, la de una típica "contratación de servicios técnicos o profesionales" donde no media ninguna clase de relación de empleo público, pues los profesionales son contratados por la figura procedimental de la "licitación" ya sea pública, por registro o por licitación restringida, ateniéndose los participantes a las prohibiciones generales del artículo 22 de la Ley de estudio. En cambio, no sucede, igual, en la contratación de "servicios profesionales con sueldo fijo", ya que son nombrados por el propio procedimiento que se utiliza para los funcionarios comunes y corrientes; sujetos, por ende, al régimen de empleo público, como, claramente lo prescribe el artículo 69.2 del Reglamento(9) de la citada Ley de la Contratación Administrativa, que en lo conducente dice:

"...salvo si la contratación se celebra en los términos de los numerales 69.5 y 69.6, en cuyo caso los profesionales o técnicos quedan sujetos a una relación de empleo público remunerada con sueldo fijo." (Lo resaltado en negrita no es del texto original)

NOTA (9): Decreto No. 25038-H de 6 de marzo de 1996.

3.- Con la salvedad de las contrataciones por servicios profesionales previstos en el artículo 65 de la, tantas veces, citada Ley de la Contratación Administrativa, hay que decir que, existen disposiciones, claras y precisas en el Orden Jurídico Público que no permiten una retribución distinta a los funcionarios por los servicios ordinarios prestados a la Administración Pública, más que, los autorizados por el artículo 49 de la Ley de la Administración Financiera de la República, y retoma, después, el artículo 67 de la supra-citada normativa para la contratación de servicios profesionales con sueldo fijo.

Importante es acotar lo estipulado en el último numeral de mención (el cual se transcribió en el anterior acápite) en el sentido, de que ni siquiera los profesionales técnicos, contratados por la Administración Pública, a través de una relación de empleo público, podrían ser pagados con otro tipo de retribución que no sea con un sueldo fijo. Menos aún, se permite devengar honorarios a los funcionarios comunes y corrientes por el cumplimiento de la función pública, ya que, precisamente, para eso, fueron nombrados en determinados puestos con su respectiva retribución salarial.

El hecho de que algunos abogados de la función estatal, por diversas razones, no devengan algún tipo de sobresueldo que les compense económicamente "el no ejercicio particular de su profesión", no les justifica (vía legal) para cobrar emolumentos diferentes de los que tiene previstos la Administración para el cumplimiento de sus labores; que, en todo caso, en virtud de las disposiciones legales de cita, el funcionario está obligado a cumplir con las reglas que imperan en la relación de servicio habida entre él, y el Estado, por

mandato de los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Carta Magna.

En un caso similar al de examen, esta Procuraduría General de la República, mediante el Dictamen No. C-031-89 de 12 de enero de 1989, ya había indicado que:

" a) (...)tanto el Jefe del Departamento Legal, como el Abogado del "(...)" fueron contratados, entre otras cosas, para "atender y llevar juicios varios", como textualmente lo reza el Manual Descriptivo de Puestos de dicha Institución. Quiere ello decir, que los abogados del "(...)" además de ser asesores técnicos, deben encargarse de la tramitación e interposición de procesos, en los que sea parte el patrono; sin posibilidad de cobrar los honorarios correspondientes a los mismos. b) Ello es así, además, en virtud de que dichos funcionarios estarían recibiendo un salario y honorarios profesionales, por el mismo trabajo para el cual fueron contratados. Así las cosas, la respuesta a la primera de sus dudas es negativa. Es ilegal que un abogado contratado para ser asesor técnico y, al mismo tiempo, para llevar y tramitar procesos en que sea parte su patrono, reciba el salario y honorarios profesionales, por la tramitación de dichos procesos (...)" (Veáse en este mismo sentido el dictamen N° C-240- 99 del 8 de diciembre de 1999).

De conformidad con lo expuesto anteriormente, es dable reafirmar nuevamente que, conforme con la reiterada doctrina desarrollada tanto por la Sala Constitucional como por misma Procuraduría General de la República, se puede concluir que la Administración Pública está posibilitada legalmente para contratar profesionales en derecho -abogados y notarios- como funcionarios públicos, a los cuales se les puede pagar un salario o sueldo fijo, por el ejercicio y prestación de sus servicios profesionales, todo lo cual es jurídica, legal y constitucionalmente consecuente, congruente y armonioso con su misma naturaleza jurídica.

IV.- CON RESPECTO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La Constitución Política en su artículo 11 consagra el principio de legalidad (el cual, a su vez, es desarrollado en el numeral 11 de la Ley General de la Administración Pública), en el cual se establece que: "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución Política y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública."

Este principio significa que la Administración Pública está sometida al bloque de legalidad y que por lo tanto únicamente puede hacer todo aquello que expresamente le esta permitido o autorizado por el ordenamiento jurídico.

A su vez, debe tenerse presente que el principio de legalidad también tiene relación con el hecho de que la Administración debe respetar dicho bloque de legalidad conforme con la jerarquía normativa, en particular al momento de dictar la normativa secundaria o reglamentaria que desarrolla aquella que constituye su norma habilitante, sea que se trate de un reglamento, decreto, directriz, etc.

Lo anterior significa que la directriz N° 006-2000 dictada por la Dirección Nacional de Notariado, debe necesariamente ajustarse al contenido estipulado por la ley ordinaria aprobada por la Asamblea Legislativa.

En ese sentido, el Código Notarial, Ley N° 7764 del 17 de abril del 1998, publicado en La Gaceta N° 98, Alcance N° 17 del 22 de mayo del mismo año, estipula en su artículo 3° los requisitos que debe cumplir todo abogado para ejercer el notariado público, entre ellos: ser de buena conducta, no tener impedimento legal para el ejercicio del cargo, ser Licenciado en Derecho graduado de una universidad reconocida por las autoridades educativas, poseer residencia fija en el país, tener oficina abierta al público en Costa Rica, hablar, entender y escribir español.

Asimismo en el artículo 4°, en lo que nos interesa, establece como impedimento al abogado y notario que ejerza un cargo dentro de cualquier dependencia del sector público, **el ejercicio externo del notariado**. Lo anterior se relaciona con el numeral 7, el cual prohíbe al notario autorizar a la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas, de la cual reciba salario, dieta o algún tipo de prohibición o dedicación exclusiva, actos o contratos jurídicos donde aparezcan como parte sus patronos o empresas subsidiarias. **Solamente podrá autorizarlas siempre que no cobre honorarios por ese concepto.**

Conforme con lo anterior, el artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa, Ley N° 7494 del 2 de mayo de 1995, establece que las entidades públicas, están autorizadas a contratar profesionales, bajo el régimen ordinario de funcionarios públicos, para que les presten sus servicios, pagándoles un sueldo fijo o salario y no honorarios.

En ese sentido, vemos como el mencionado artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa es conforme con el Código Notarial, pues establece, en el caso que nos ocupa, que el abogado y notario contratado por la Administración Pública y que por lo tanto es un funcionario público, al que se le paga un rubro de dedicación exclusiva o prohibición por el ejercicio externo de su profesión, puede prestar dichos servicios al Estado, sea de abogado o notario, el cual le cancela por dichas funciones un salario o sueldo fijo y no honorarios. Es así como se puede afirmar que dicho artículo 67 respeta el bloque de legalidad, preservando el principio de legalidad, pues aunque es una norma anterior al Código Notarial, no lo contradice, sino que son normas complementarias.

De lo expuesto se puede concluir que la directriz en estudio, al prohibirles a los notarios -funcionarios públicos- que le presten sus servicios notariales a la Administración Pública, bajo la modalidad de sueldo o salario fijo e incluso sancionándolos disciplinariamente si lo hacen, se contrapone abiertamente a lo indicado en el artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa, el cual, como vimos, autoriza expresamente a las entidades estatales públicas a realizar la contratación de profesionales en ese sentido.

Es por ello que a criterio de esta Procuraduría General de la República, la directriz N° 2000-006, dictada por la Dirección Nacional de Notariado, transgrede el artículo 11 de la Constitución Política, en virtud de que

viola dicho principio de legalidad, particularmente el contenido del Código Notarial y de la misma ley de Contratación Administrativa, al apartarse del marco de referencia normativo establecido expresamente por dicha normativa legal.

Por conexidad, esta Procuraduría General de la República hace notar a la Sala Constitucional, actuando en su condición de órgano asesor imparcial de la misma, que en este mismo sentido existen los artículos 7 inciso o), y el párrafo final del artículo 11 del Reglamento de Fiscalización Notarial a lo Interno y Externo de la Dirección Nacional de Notariado, directriz No. 1-2001 de las 10:00 del 30 de enero del 2001, en los que se advierte de manera explícita que el único régimen aplicado a los señores notarios públicos es el de honorarios, y nunca la contratación bajo retribución fija, con las excepciones que establece el Código Notarial y la directriz aquí impugnada por inconstitucional.

V.- EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

La Constitución Política consagra el principio de igualdad en su artículo 33, al establecer que *"todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana"*

En un primer orden de ideas, este principio significa que el ordenamiento jurídico no debe distinguir entre dos o más sujetos que se encuentren en una situación jurídica análoga. En ese sentido, este principio se viola si una ley, reglamento o directriz -como es el caso-, otorga un trato distinto o discriminatorio, sin ningún motivo, a personas que se encuentren en igualdad de situaciones.

Coincidente con lo expuesto, la Sala Constitucional, ha sido consecuente en afirmar lo siguiente:

"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 puedan existir, o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo ha dicho la Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de la justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que debe 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." (Voto N° 5797-98 y en igual sentido los votos N° 1019-97, N° 1770-94, N° 1045-94 y N° 316-93)

De lo anterior podemos colegir, tal y como lo hemos venido manifestando, que el principio de igualdad no debe ser considerado de modo absoluto, sino bajo una perspectiva relativa; por lo tanto la aplicación de la norma depende de las particularidades de cada situación; ésta se debe analizar bajo criterios de lógica, justicia, razonabilidad y

proporcionalidad, atendiendo a esas particularidades que configuran cada caso.

Una vez analizado el significado y alcances del principio de igualdad, contemplado en el numeral 33 de la Constitución Política, a la luz de la doctrina y jurisprudencia dictada reiteradamente por la Sala Constitucional, resulta importante dilucidar los alcances del decreto ejecutivo impugnado, en relación con este principio constitucional.

Como se ha indicado líneas atrás, la directriz N° 2000-006 establece que el notario no puede ser contratado como funcionario público por la Administración para realizar una labor notarial para su patrono, si esta bajo la modalidad de sueldo fijo. Considera de carácter obligatorio que el servicio que brinda sea remunerado por honorarios, caso contrario se le aplicaría una sanción administrativa al profesional.

Es por ello que este órgano asesor imparcial de la Sala Constitucionales del criterio que dicha directriz viola el principio de igualdad, en virtud de que se le impide a los notarios públicos que se encuentran laborando en entidades estatales, el que puedan seguir ejerciendo su función notarial, por la circunstancia de que están recibiendo por ello una retribución fija o salario, poniéndolos así en una posición de desigualdad con respecto al resto de los notarios que ejercen su profesión de manera liberal y externa y que perciben por ello honorarios.

VI.- CON RESPECTO AL DERECHO DEL TRABAJO

La Constitución en su numeral 56 contempla el derecho del individuo atener un trabajo y la posibilidad de elegir libremente las funciones que se desean realizar.

En ese sentido establece:

"El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo."

Tal y como se desprende de la lectura del artículo anterior, éste contempla dos aspectos, uno es el derecho de toda persona de poder trabajar y el otro aspecto, es que el Estado garantiza la libre elección al trabajo, lo cual significa que el individuo tienen la posibilidad de escoger entre una serie de opciones, la labor quiere desempeñar.

Al respecto la Sala Constitucional ha indicado en el voto N° 0110-98de las 10 horas 27 minutos del 9 de enero de 1998, lo siguiente:

"El trabajo es un derecho del individuo y una obligación de éste con la sociedad, y el Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil. La libre elección de una ocupación significa que no puede forzarse a un ciudadano a desempeñar labores que no desee realizar, a tenor de lo preceptuado por el artículo 56 de la Carta Magna. Sin embargo no significa que se trate de un derecho absoluto, pues no es posible por razones obvias. Hay restricciones ilícitas, originadas en la misma Constitución, legitimadas por el

ordinal 28 que establece los límites a las libertades, al consignar que: las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a terceros, están fuera del dominio de la ley" (En sentido similar ver el voto 0789-94)

De conformidad con lo expuesto, este órgano asesor imparcial de la Sala Constitucional considera que la directriz limita, injustificada, irrazonable y desproporcionadamente la libertad del ejercicio profesional del notario público, para llevarlo a cabo dentro de la Administración Pública, siendo a su vez funcionario público, en virtud de que se le impide dicho ejercicio profesional por la circunstancia de que recibe un salario o sueldo fijo por ello.

En ese sentido valga recordar lo ya indicado, con respecto a que la Ley de Contratación Administrativa autoriza a las entidades estatales a contratar profesionales como funcionarios públicos y con sueldo fijo.

En otras palabras, se está estableciendo una limitación al ejercicio de esta libertad por vía reglamentaria, que no está autorizada por ninguna norma legal habilitante; limitación que a todas luces reviene en irrazonable y desproporcional en los términos que lo ha expuesto la doctrina reiterada de la Sala Constitucional, por que se considera que efectiva existe violación a la libertad de trabajo.

CONCLUSIONES

Considera la Procuraduría General de la República, actuando en su condición de órgano asesor imparcial de la Sala Constitucional, que la directriz N° 2000-006 dictada por la Dirección Nacional de Notariado, efectivamente quebranta los principios de legalidad, de igualdad, y de trabajo, tutelados por la Constitución Política y desarrollados por la doctrina de la Sala Constitucional.

Por conexidad y utilizando los mismos razonamientos y argumentos hasta ahora expuestos, considera la Procuraduría General de la República que igualmente existe violación constitucional por parte de los artículos 7 inciso o), y el párrafo final del artículo 11 del Reglamento de Fiscalización Notarial a lo Interno y Externo de la Dirección Nacional de Notariado, directriz No. 1-2001 de las 10:00 del 30 de enero del 2001, en los que se advierte de manera explícita que el único régimen aplicado a los señores notarios públicos es el de honorarios, y nunca la contratación bajo retribución fija, con las excepciones que establece el Código Notarial y la directriz aquí impugnada por inconstitucional.

NOTIFICACIONES: Las atenderé en mi despacho, situado en el tercer piso del edificio que ocupa la Procuraduría General de la República en esta ciudad.

San José, 11 de julio del 2001.

Lic. Farid Beirute Brenes

PROCURADOR GENERAL ADJUNTO

VOTO NO. 5417-03

En fecha 25 de Junio de 2003, La Sala Constitucional, al respecto del Expediente 01-003907-0007-CO, emite la parte resolutive del VOTO NO.5417-03 que indica textualmente lo siguiente:

" SE DECLARA CON LUGAR LA ACCION. EN CONSECUENCIA, SE ANULA EL TEXTO "TODO SERVICIO QUE BRINDA EL NOTARIO PUBLICO DEBIDAMENTE HABILITADO, SEGUN LO ESTABLECE EL RÉGIMEN JURIDICO VIGENTE SOLO PUEDE SER RETRIBUIDO CON HONORARIOS, EN CONSECUENCIA NO PODRA EL FEDATARIO PUBUCO BRINDAR ESE SERVICIO EN FORMA GRATUITA, NI BAJO SALARIO O RETRIBUCION FIJA." CONTENIDO EN EL "POR TANTO" DE LA DIRECTRIZ NUMERO 2000-0006 DE LAS DIEZ HORAS DEL VEINTIDOS DE AGOSTO DE DOS MIL, DE LA DIRECCION NACIONAL DE NOTARIADO. DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 89 DE LA LEY DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL, SE ANULAN POR CONEXIDAD, DEL REGLAMENTO DE FISCALIZACION NOTARIAL A LO INTERNO Y EXTERNO, EMITIDO POR LA DIRECCION NACIONAL DE NOTARIADO EL TREINTA DE ENERO DE DOS MIL UNO, EL INCISO Ñ) DEL ARTICULO 7°, Y DEL PARRAFO FINAL DEL ARTICULO 11, EL TEXTO "SE ENCUENTREN CONTRATADOS BAJO RETRIBUCION FIJA, O". RESÉÑESE EN EL DIARIO OFICIAL LA GACETA Y PUBLIQUESE INTEGRAMENTE EN EL BOLETIN JUDICIAL. COMUNIQUESE A LOS PODERES LEGISLATIVO Y EJECUTIVO. NOTIFIQUESE.-

EL MAGISTRADO MILANO PONE NOTA.-

A la fecha del 26 de julio de 2003, y desde el 10/07/2003, se encuentra dicho voto en recolección de firmas, no obstante al ser consultada nuevamente la página web de la Sala Constitucional, se indica que dicho voto se encuentra en proceso de notificación desde el 09/09/2003, por lo que se hizo público únicamente la parte resolutive del mismo, y no ha sido posible conocer las consideraciones correspondientes.

5- Normativa Constitucional Infringida por Directriz 06-2001 de la dirección Nacional de Notariado:

Expediente: [01-003907-0007-CO](#)

Fecha entrada: 27/04/2001

Clase de asunto: Acción de inconstitucionalidad

Fecha notificación: 21/06/2001

Accionante: ENRIQUE ROJAS FRANCO

1. [Constitución Política](#)

Tipo: **Constitución Política** Número: **0** Fecha:
07/11/1949

Artículo: [11](#)

Artículo: [28](#)

Artículo: [33](#)

Artículo: [46](#)

Artículo: [56](#)

Artículo: [121](#) Inciso: **1**

BIBLIOGRAFÍA**LIBROS**

POCHET ARAYA, (Carlos) y CHAVEZ AGUILAR, (Nazira). "C.P. Comentada de Costa Rica", Editorial McGraw-Hill Interamericana Editores S.A. de C.V., México, D.F., Año 2000.

CABANELLAS, (Guillermo). "Contrato de Trabajo", Parte General, Vol. II, p. 325.

CABANELLAS, (Guillermo). "Compendio de Derecho Laboral", Buenos Aires, Bibliográfica OMEBA, 1968.

ALONSO GARCÍA, (M.). "Curso de Derecho del Trabajo", Ariel, Barcelona, 1975.

LARRAUD, (Rufino). "Curso de Derecho Notarial", Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1966. P. 687.

DE LA CUEVA, (Mario). "Derecho Mexicano del Trabajador", Libro Primero, p. 644.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, (Bernardo). "Derecho Notarial", México, Editorial Porrúa S.A., 4ª. Edición. Año 1989.

SALAS, (Óscar). "Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá". San José, Editorial Costa Rica, 1973. P. 60. También: José Ma. Mustapich. Tratado teórico de Derecho Notarial. Tomo II, Buenos Aires, Ediar Editores, 1955, p. 63.

GÓMEZ PÉREZ, (Rafael). "Deontología Jurídica", Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona, año 1982.

BRENES CÓDORBA, (Alberto) "El Tratado de las Personas", Librería e Imprenta Lehmann, San José, 1933.

ZAMORA CASTELLANOS, (Fernando). "Los ideales Constitucionales costarricenses", Editorial Juricentro, Costa Rica, año 2002.

MORA VARGAS, (Herman). "Manual de Derecho Notarial. La Función Notarial". 1ª Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., julio de 1999.

GINESTA LOBO, (Ernesto). "Tratado de Derecho Administrativo" tomo I, Editorial Diké, San José, Costa Rica, p. 122.

Diccionarios

"Diccionario de la Lengua Española", Real Academia Española, Editorial Espasa Calpe, S.A. Ríos Rosa, 26 Madrid, 1970.

"Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales" Editorial Heliasta, Bs., As., 1974, Manuel Osorio

Documentos administrativos

Acuerdo de la Junta interventora dada por el artículo II, inciso 2) de la sesión n°. 69 de 13 de abril de 1988, del Instituto Nacional de Vivienda y urbanismo

Actas del expediente legislativo n°. 10102, folios 124, 125 y 1235. Así como, acta de subcomisión n°. 4 de 23 de setiembre de 1996, folios 114 a 1116.

LEGISLACIÓN

- C.P. de la República de Costa Rica del 7 de noviembre de 1949 y sus reformas.

LEYES

Código de Trabajo, Ley n°. 2, del 26 de agosto de 1943, y sus reformas.

Código Civil.

Ley Orgánica del Colegio de Abogados n°. 13 de 28 de octubre de 1841.

Ley Orgánica del Notariado, n. 26 de 12 de octubre de 1887.

Ley Orgánica del Notariado, n°9 de 5 de enero de 1943 y sus reformas.

Ley 1128 del 17 de enero de 1950.

Ley de Salarios de la Administración Pública, n°.2166 de 9 de octubre de 1957.

Ley n°. 1279 de 2 de mayo de 1951 y sus reformas.

Ley 3546 de 28 de agosto de 1965

Ley 6024 de 15 de diciembre de 1976

Ley 6145 de 18 de noviembre de 1977.

L.G.A.P. Ley n°.6227 publicada en Gaceta n°.102, Alcance n°. 90 del 20 de mayo de 1978.

Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, n°. 6872 del 17 de junio de 1983, publicada en Gaceta n°. 129 del 08 de julio de 1983.

L.O.P.J. n°. 7111 de 24 de noviembre de 1988.

Ley n°. 7494 de 2 de mayo de 1995 y sus reformas.

Ley 7640 del 14 de octubre de 1996.

Ley n°. 7764 del 2 de abril de 1998, C.N. publicado en Gaceta n°. 98, Alcance n°. 17 de 22 de mayo de 1998., el

cual rige seis meses después de su publicación, sea el 22 de noviembre de 1998.

Ley de la Administración Financiera de la República.

REGLAMENTOS

Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Decreto n°. 24885-H del 04 del 12 de 1995, publicado en gaceta n°. 23 del 01 de febrero de 1996.

Reglamento a la Ley de Enriquecimiento Ilícito de los servidores públicos Decreto n°. 24885 de 04 de diciembre de 1995, publicado en gaceta n°. 23 del 01 de febrero de 1996.

DECRETOS

Decreto n° 13560-J del 28 de abril de 1982, cuyo artículo 43 permitía al notario ser remunerado mediante un "sueldo fijo".

Decreto ejecutivo n° 17016-J del 7 de mayo de 1986. vigente el 23 de mayo de 1986, publicado en la Gaceta n°. 96, Alcance n°. 14 de 23 de mayo de 1986, derogado por decreto 20307-J.

Decreto ejecutivo n° 14935-J del 20 de octubre de 1983, modificado mediante decreto ejecutivo n° 15371-J del 10 de abril de 1984, el cual, a su vez, fue reformado mediante decreto ejecutivo n° 20182-H del 9 de enero de 1991 (sobre materia de dedicación exclusiva)

Decreto 20307-J del 11 de marzo de 1991, publicado en La Gaceta n°. 64 del 4 de abril de 1991.

Decreto 22308-J de 16 de junio de 1993. Publicado en La Gaceta n°. 136 de 18 de julio de 1993.

Decreto ejecutivo n°. 25038-H de 6 de marzo de 1996.

Decreto n°. 27625-J del 25 de enero de 1999, publicado en la Gaceta n°. 27, Alcance 9B del 09 de febrero de 1999.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Superior de Trabajo

Voto n° 3959 de 14:55 horas de 22 de agosto 1974, ordinario Laboral de J.A.F. contra C.N.P.

Sentencia n°. 353-2000 de las 10:50 horas del 28 de abril de 2000. Sección primera, II Circuito Judicial.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia

Sentencia n°. 106-F-91 de las 15:10 horas del 28 de junio de 1990.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

Voto 1957, L. C. vs. I.N.V.U., casación n°. 18, I Ssmestre, tomo único, p.324.

Resolución n°. 88 de las 9:40 horas del 16 de agosto de 1989.

Resolución n°. 102 de las 9:00 horas del 31 de marzo de 1995.

Sentencia n°. 00032-99 de las 14:50 horas del 10 de febrero de 1999.

Sentencia n°. 809-2000 de las 10:10 horas del 06 de setiembre de 2000.

Sala Constitucional

Sentencia n°. 79 de las 14:30 horas del 20 de octubre de 1989.

Sentencia n°. 1119-90 de las 14:00 horas del 18 de setiembre de 1990.

Sentencia n°. 1147-90 de las 16:00 del 21 setiembre de 1990.

Voto n°. 259-91 de las 16:30 horas del 1° de febrero de 1991.

Voto 1696-92 de las 15:30 horas del 23 de agosto de 1992.

Voto n°. 3285-92 de 15:00 horas del 30 de octubre de 1992.
Sentencia n°. 3550-92 de las 16:00 horas del 24 de noviembre de 1992.

Sentencia n°. 649-93 de las 14:45 horas del 9 de febrero de 1993.

Sentencia n°. 3502-94, de las 15:18 horas del 12 de julio de 1994.

Sentencia n°. 2312-95 de las 16:15 horas del 09 de mayo de 1995.

Sentencia n°. 5549-95 de las 15:15 horas del 15 de octubre de 1995.

Resolución n°. 4205-96 de las 14:33 horas del 20 de agosto de 1996.

Voto n°.1626-97 de las 15:21 horas de 18 de marzo de 1997.

Sentencia n°. 2764-97 de las 15:03 horas del 20 de mayo de 1997.

Sentencia n°. 3139-97 de las 10:12 horas del 6 de junio de 1997.

Sentencia n°. 4336-98 de las 11:00 horas del 19 de junio de 1998.

Sentencia n°. 6134-98 de las 17:24 horas del 27 de agosto de 1998.

Resolución n°. 7123-98 de las 16:33 horas del 6 de octubre de 1998.

Resolución n°. 05764-99 de las 11:09 horas del 23 de julio de 1999.

Sentencia n°. 7977-99 de las 10:03 horas del 15 de octubre de 1999.

Sentencia 444-2000, de las 16:51 horas de 12 de enero de 2000.

Sentencia n°. 4258-2000 de las 16:30 horas del 17 de mayo del 2000.

Sentencia n°. 6745-2000 de las 8:45 horas del 4 de agosto de 2000.

Sentencia n°. 00028-2001 de las 15:20 horas del 10 de enero de 2001.

Sentencia n°. 0418-2001 de las 15:17 horas del 17 de enero de 2001.

Sentencia n°. 1483-2001 de las 15:30 horas del 21 de febrero de 2001.

Sentencia n°. 02446-2001 de las 15:38 horas del 27 de marzo de 2001.

Sentencia n°. 07246-2001 de las 9:09 del 27 de julio de 2001.

Consultas constitucionales

Voto 4453-100. EUNED-Asamblea Legislativa.

Voto 5417-03 del 25 de junio de 2003.

P.G.R.

Dictámenes

C-206-82 del 25 de agosto de 1982.
C-377-84 del 29 de noviembre de 1984.
C-163-85 del 23 de julio de 1985.
C-193-86 del 21 de julio de 1986.
C-022-87 del 28 de enero de 1987.
C-076-87 del 7 de abril de 1987.
C-106-87 del 15 de mayo de 1987.
C-164-87 del 31 de agosto de 1987.
C-100-90 del 25 de junio de 1990.
C-168-90 del 9 de octubre de 1990.
C-007-91 del 14 de enero de 1991 .
C-188-91 del 27 de noviembre de 1991.
C-106-96 del 1° de julio de 1996.
C-232-98 del 4 de octubre de 1998.
C-179-99
C-033-2000 del 23 de febrero de 2000.
C-054-2000 del 17 de marzo de 2000.
C-035-2001 del 19 de febrero de 2001.

Opiniones Jurídicas

OJ-008-99 del 11 de enero de 1999.
OJ-014-99 del 27 de enero de 1999.
OJ-016-99 de 14 de febrero de 1999.
OJ-049-99 del 29 de abril de 1999.
OJ-073-99 del 14 de junio de 1999.
OJ-111-2001 del 13 de agosto de 2001.
OJ-166-2001 del 14 de noviembre de 2001.
OJ-174-2001 del 21 de noviembre de 2001.

Informe consultivo constitucional de la P.G.R.

Expediente n°: 01-003907-0007-CO.
Fecha de entrada: 24/04/2001.
Clase de asunto: Acción de inconstitucionalidad.
Fecha de notificación: 21/06/2001.
Accionante: Enrique Rojas Franco.
Procuradores informantes: Lic. Geovanni Bonilla Goldoni y Licda. Ana Paula Hernández Cordero.
Fecha del informe: 11/07/2001.
Voto Constitucional: 5417-03 del 25 de junio de 2003.

C.G.R.

Acuerdo n°. 2 de la sesión n°. 8, celebrada el 29 de marzo de 1983 de la Autoridad Presupuestaria, que emite el Reglamento al Régimen de Dedicación Exclusiva para el Sector Público Descentralizado.

Oficio n°. 10801 de 9 de octubre de 1986, vertido por la C.G.R.

Acuerdo n° 2861, celebrada en la Sesión Ordinaria n°.34-93 de la Autoridad Presupuestaria.

Dirección Nacional de Notariado

Directriz n°. 0006-2000. (Modificada mediante voto 5417-2003 del 25 de junio de 2003 de la Sala Constitucional).