



## Boletín Informativo

La Uruca, San José, Costa Rica, viernes 27 de julio del 2012. Nº 7

Dictamen : 161 del 13/05/2008

C-161-2008

13 de mayo de 2008.

Licenciado

Marco Antonio Segura Seco

Alcalde

Municipalidad de Escazú

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, nos referimos a su oficio DA-358-2004 de 23 de julio de 2004, mediante el cual solicita nuestro criterio jurídico en torno así las abogadas de esa Corporación pueden ejercer el notariado -entendemos de manera externa-. A su vez, y relacionado también con lo anterior, se consulta si en caso de que les esté vedado ese ejercicio, se les debe reconocer la compensación por esa prohibición.

Previo a evacuar la consulta, ofrecemos nuestras disculpas por la tardanza del presente estudio, lo cual obedeció -aparte de la cantidad de asuntos a atender- a los cambios de criterios que se venían dando tanto en Sala Constitucional como en la Sala Segunda de la Corte en relación con el ejercicio del notariado por parte de funcionarios públicos. (situación que entendemos ya quedó definida).

Expuesto lo anterior se procederá al análisis, por su orden, de las dos interrogantes formuladas.

**1) “procedencia de que las funcionarias que laboran en el Departamento de Asuntos Jurídicos de este Municipio, a quienes se les cancela el rubro de prohibición, para que no puedan ejercer la abogacía, de conformidad con el artículo 4, inciso f) del Código Notarial, puedan ejercer como notarias, dado que en este municipio no existe norma expresa que les prohíba la actividad notarial”**

La respuesta a tal cuestionamiento se encuentra en nuestro dictamen C-319-2007, emitido el 10 de setiembre de 2007. Allí se analiza y se estudia con profundidad la jurisprudencia de la Salas Constitucional y Segunda de la Corte Suprema de Justicia, relacionada con el ejercicio del notariado por parte de un funcionario público.

Las sentencias citadas en aquel dictamen que le sirven de sustento y complementadas con nuestros análisis, vienen a definir de una vez por todas sobre la correcta aplicación e interpretación de los impedimentos y requisitos establecidos en los artículos 4° y 5° del nuevo Código Notarial (Ley N° 7764 de 17 de abril de 1998).

Por lo expuesto y tomando en consideración que ese dictamen consolida una tesis jurídica institucional sobre el tema objeto de consulta, resulta de suma importancia transcribir literalmente los apartes 1) y 2) de aquél.

Y lo anterior, debe ser así, para una mejor comprensión de los fundamentos jurídicos en que se sustentaron ambas Salas para habilitar y luego inhabilitar a los funcionarios públicos que ejercían el notariado de manera privada ( a lo cual, nosotros denominamos en el aparte 1) “tesis ampliativa” y en el aparte 2) “tesis restrictiva”).

Dichos apartes 1) y 2), por su orden, expresaron:

**“1.-PRONUNCIAMIENTO DE LA SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (ACTUANDO COMO ORGANO JERARQUICO IMPROPIO) SOBRE UN CASO SIMILAR AL QUE GENERÓ LA CONSULTA:**

Por tratarse de un caso que parece coincidir con el que dio lugar a su consulta, se hará referencia de primero a la resolución de la Sala Segunda que se pronunció sobre aquél.

Al respecto, debemos señalar que la Dirección Nacional de Notariado rechazó una solicitud de habilitación para ejercer el notariado a un funcionario de la Institución consultante, nombrado como profesional 5 en la Dirección Financiera. En aquella oportunidad, mediante resolución de las 09:30 horas, del 26 de julio del 2004, denegó la gestión presentada por dicho funcionario, Lic. Oscar Sanabria Núñez.

La mencionada Dirección rechazó la solicitud de habilitación, argumentando que el solicitante ostentaba la condición de funcionario público, tenía un nombramiento a plazo indefinido y percibía el plus por dedicación exclusiva; además, porque había superposición horaria. Es decir, por no cumplir con los requisitos previstos para los casos de excepción contemplados en el inciso d) del artículo 5) del Código Notarial.

A raíz de lo antes expuesto, el gestionante interpuso un recurso de revocatoria con apelación en subsidio. Ante esa situación, la Dirección Nacional de Notariado confirmó la resolución impugnada y elevó ante la Segunda de la Corte Suprema de Justicia la apelación subsidiaria.

Por su parte esa Sala, actuando como superior jerárquico impropio (artículo 11 del Código Notarial) dictó la resolución N° 1069-2004 de las 9:10 horas del 15 de diciembre del 2004. Ese fallo administrativo revocó la resolución impugnada y ordenó la habilitación del solicitante.

A continuación transcribiremos las razones o fundamentos que tuvo la Sala para revocar lo resuelto por aquella Dirección. Así tenemos que en el CONSIDERANDO II, analizó los temas concernientes a la relación laboral y la dedicación exclusiva, en los siguientes términos:

*“No comparte la Sala la tesis de la Dirección Nacional de Notariado, de negarle al licenciado García (sic) la habilitación para el ejercicio del notariado, en razón de la existencia de la relación laboral que lo vincula al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillado. Considerando las argumentaciones hechas en la resolución impugnada en cuanto a que la dedicación exclusiva que percibe el solicitante también le impide obtener respuesta satisfactoria a su solicitud de habilitación, las razones expuestas por la Dirección no son de recibo, ya que al observar la norma que se refiere a la dedicación exclusiva se nota que la misma no prohíbe el desempeño de todas las actividades laborales, si no que se limita al compromiso de exclusividad para con la institución empleadora, de los conocimientos adquiridos según la profesión por la cual fue contratado. Es decir, es la dedicación absoluta a la institución de esa especial y particular esfera del conocimiento, lo que se retribuye a través del plus por “dedicación exclusiva”; no la persona en todo su potencial. Como la profesión por la cual se encuentra nombrado el recurrente corresponde al campo de la “Administración”, no existe ningún impedimento para que se desempeñe como fedatario público, cuya exigencia profesional es el título de “notario público.”*

Por su parte, en el CONSIDERANDO III se analiza lo referente al horario, al requisito de tener oficina abierta y la circunstancia de que todos los días y horas son hábiles para ejercer el notariado, según lo dispone el numeral 37 del Código Notarial -norma objeto de la presente consulta-. Al respecto, señaló la Sala:

" (...) Unido a las argumentaciones anteriores se indica que la denegatoria tiene asidero en la superposición horaria que se le presenta al petente, sobre lo cual es preciso realizar la siguiente aclaración, la superposición horaria debe entenderse en este caso, como la imposibilidad que tiene el o la profesional, de autorizar actos notariales dentro del horario durante el cual, tiene comprometido su tiempo con la institución educativa para la que labora, pues de actuar de esa forma, sí existiría un ejercicio conjunto e ilegal, de dos funciones públicas. Lo anterior, porque no es posible entender que ejecutando funciones educativas, pueda al mismo tiempo dar fe, de otras situaciones que por principio, deben suceder en su presencia".

De las anteriores transcripciones se desprende con suficiente claridad el criterio prevaleciente en aquella oportunidad. Efectivamente, la Sala Segunda estableció allí que no había impedimento alguno para que un funcionario público ejerciera el notariado de manera privada, a pesar de existir un nombramiento a plazo indefinido (o "en propiedad", según se tuvo por demostrado), percibir el pago de dedicación exclusiva y estar sujeto a una jornada a tiempo completo. Y lo más importante para los efectos de la presente consulta, señaló que ese notario se encontraba habilitado para ejercer esa función en cualquier momento, siempre y cuando lo hiciera fuera de su horario de trabajo, según la interpretación que hizo del numeral 37 consultado.

Cabe agregar, ya con independencia de lo resuelto por la Sala Segunda en ese caso concreto del funcionario de la Institución consultante, que lo que podría llamarse para efectos del presente estudio, la "tesis ampliativa" con respecto a la posibilidad del ejercicio privado del notariado por servidores públicos, se sustentó en resoluciones de la Sala Constitucional que habían asumido esa posición más flexible. En ese sentido, el fallo de esa Sala N° 77-2004 allí transcrito, hace referencia a las sentencias constitucionales que siguieron esa posición, al expresar en su "Considerando" III que:

"Aún luego de la vigencia de esas disposiciones (nota: se refiere a los artículos 4, inciso f) y 5, inciso d) del Código Notarial), la Sala Constitucional mantuvo el mencionado criterio, acerca de la constitucionalidad del impedimento para el ejercicio conjunto de dos funciones de naturaleza pública. Sin embargo, en votos recientes ha señalado que esa imposibilidad legal no afecta a todos los funcionarios públicos. En votos más recientes, entre los que cabe citar el número 444-2000, de las 16:51 horas del 12 de enero del 2000, el 764-2003, de las 11:25 horas del 31 de enero; el 3305-2003, de las 12:38 horas del 25 de abril; el 5417-2003, de las 14:48 horas del 25 de junio; el 9143-2003, de las 9:39 horas del 29 de agosto; todas éstas últimas del año 2003; esa Sala estableció que: "la Sala considera que la actuación de la autoridad recurrida constituye una grosera violación de los derechos fundamentales de la actora, fundada en una errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 4° inciso f) del Código Notarial, que desde todo punto de vista debe ampararse en esta Jurisdicción. En efecto, aunque alega la Directora recurrida en su informe bajo juramento que " dentro de esa filosofía deben ser interpretadas las normas del Código Notarial, y en ese sentido que el inciso f) del artículo 4 de ese cuerpo legal establece clara y tajantemente, un impedimento respecto a quienes ejercen cargos en cualquier dependencia del sector público (prohíbese o no el ejercicio externo del notariado) y lo amplía al considerar incluso a las dependencias públicas estructuradas bajo modelos organizacionales del Derecho Privado en las que se prohíba el ejercicio externo del notariado", tal prohibición se debe entender en el sentido de que el servidor público se encuentra imposibilitado para ejercer la función notarial, únicamente, en los casos en que se encuentre vedado el ejercicio externo del notariado en la Institución donde presta sus servicios, (...) (Voto número 2003-00764 de las 11:25 horas del 31 de enero del 2003)

Del conjunto de tales resoluciones se advierte ahora una nueva interpretación de las disposiciones de comentario, según la cual, sí se permitiría el ejercicio externo de la actividad notarial a quienes ocupen cargos públicos si no hay prohibición alguna al respecto; es decir, que no existe una prohibición indiscriminada para que los funcionarios públicos puedan ser autorizados para el ejercicio de la función notarial sino únicamente para aquellos que laboran en dependencias del sector público, incluso las estructuradas bajo las formas del Derecho Privado, en las que se prohíba el ejercicio externo del notariado, caso en el cual se ubicarían entre otros, los funcionarios del Poder Judicial, por así disponerlo su propia Ley Orgánica, en el artículo 9 (...) (El subrayado no es del original).

Cabe acotar que un claro exponente de la tesis original (que podríamos llamar "restrictiva") sostenida por la Sala Constitucional -y seguida por la Segunda- lo es su fallo N° 5417-2003, donde, en lo que interesa, se expresó que:

"V.-Asimismo, de importancia para la resolución de este asunto debe recordarse que ya esta Sala ha analizado en otras oportunidades los distintos regímenes de contratación de los notarios frente a la Administración, siendo un ejemplo de ello la sentencia número 2000-444 de las dieciséis horas cincuenta y un minutos del doce de enero de dos mil. (...).

El anterior análisis realizado por la Sala no nació en forma antojadiza, sino que por el contrario, tiene fundamento en lo dispuesto en el Código Notarial, el cual reconoce la existencia del notario bajo salario o retribución fija, tal como se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 4 inciso f), 5 inciso d), 7 inciso b) y 8 párrafo final. Dichos artículos señalan en lo conducente: "Artículo 4. - Impedimentos Están impedidos para ser notarios públicos:

(...)

f) *Quienes ejerzan cargos en cualquier dependencia del sector público, incluso en las estructuradas según modelos organizacionales del Derecho Privado, en los que se les prohíba el ejercicio **externo** del notariado.*

(...) ”

“Artículo 5.-

*Excepciones*

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

(...)

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

De los artículos anteriormente transcritos puede llegarse a varias conclusiones que deben rescatarse para la resolución del caso concreto. De la interpretación a contrario sensu del artículo 4 inciso f) citado, se desprende que sí se permitiría el ejercicio externo de la actividad notarial a quienes ocupen cargos públicos si no hay prohibición alguna al respecto - y por supuesto se cumplan los demás requisitos establecidos en el Código (nota: debió decir en su artículo 5, inciso d) como la no superposición horaria por ejemplo)- (...). Asimismo, del artículo 5 inciso d) citado, logra desprenderse que los funcionarios públicos pueden ejercer el notariado siempre que reúnan los requisitos ahí establecidos, entre ellos, ser contratados a plazo fijo, que no estén dentro del Servicio Civil ni disfruten del pago de prohibición y dedicación exclusiva, que no tengan superposición horaria y que en la institución no se prohíba dentro de su legislación interna. ” (El subrayado y lo escrito entre paréntesis no son del original).

## **2.-CAMBIO DE CRITERIO EN LOS FALLOS DE LA SALA CONSTITUCIONAL :**

No obstante lo antes expuesto, en la jurisprudencia reciente de la Sala Segunda ha surgido de nuevo un cambio de criterio (hacia lo que llamáramos la “tesis restrictiva”), donde se sostiene que existe una incompatibilidad para que un servidor público ejerza por aparte -en forma privada- la función de notario público. Efectivamente, a partir de enero del 2006 la Sala Segunda vino a confirmar varias resoluciones emitidas por la Dirección Nacional de Notariado donde se negaba la habilitación, apoyándose fundamentalmente en el fallo N° 13672-04 de las 18:33 horas del 30 de noviembre de 2004, dictado por la Sala Constitucional al resolver un recurso de amparo.

La primera resolución de la Sala Segunda es la N° 00003-2006 de las 9:50 horas del 18 de enero del 2006. En ella, se analiza la situación jurídica de un abogado-notario del Banco Popular y de Desarrollo Comunal. Allí, en el Considerando IV, se hace referencia al fallo Constitucional antes citado, en los siguientes términos:

*“Sobre la materia la Sala Constitucional emitió el voto 13672-04 de las dieciocho horas con treinta y tres minutos del treinta de noviembre del dos mil cuatro en la cual (sic) se retomó el tema de los servidores públicos y el ejercicio por parte de estos del notariado, al respecto manifestó:*

*“... de manera tal que podemos afirmar la existencia de tres tipos de situaciones:*

a) (...)

*b) Notario Público que tiene un cargo público y que ejerce privadamente: Se trata de aquel notario que, aún teniendo un cargo público, puede mantener una oficina privada si no tiene prohibición para el ejercicio externo del notariado y si reúne el resto de los requisitos necesarios, como ser contratado a plazo fijo, no estar sujeto al régimen de servicio civil, no recibir compensación económica por prohibición o dedicación exclusiva y no existir superposición horaria (artículo 4 inciso f) y artículo 5 inciso d) del Código Notarial).*

c) (...)

*Así las cosas, se puede observar que ha operado un cambio de criterio en la jurisprudencia de la Sala Constitucional en el que se muestra que para poder ejercer como notario, siendo funcionario público, se debe cumplir una serie de requerimientos para que el servidor pueda ser autorizado para el ejercicio del notariado, ya sea a nivel interno de la institución o a lo externo, y en este caso el señor (...) , no cumple con los requisitos apuntados, por cuanto está nombrado a plazo indefinido, unido al pago que por concepto de dedicación exclusiva recibe dentro de su salario...” (El subrayado no es del original).*

El anterior criterio, donde -se repite- se asume de nuevo la llamada “tesis restrictiva” ha sido reiterado por la Sala Segunda en resoluciones posteriores. Así tenemos que rechazó diversos recursos de apelación interpuestos por funcionarios del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, el Poder Judicial, Caja Costarricense de Seguro Social, Asamblea Legislativa y Ministerio de Obras Públicas y Transportes, por encontrarse también nombrados a plazo indefinido y/o percibir el rubro derivado de la dedicación exclusiva o de la prohibición. (ver las resoluciones Nos: 06-00089 de 9:05 horas de 24 de febrero, 06-00145 de 10:20 horas del 8 de marzo y 06-00182 de 10:20 horas de 24 de marzo, 06-00773 de 14:40 horas y 06-00774 de 14:45 horas de 11 agosto, 06-00834 de 9:30 horas y 00905 de 10:25 horas, de 8 y 29 de setiembre respectivamente, todas del año 2006.)

Luego, también resultan de interés otros fallos de la Sala Constitucional posteriores al citado 13672-2004, en los cuales se siguió la indicada tesis restrictiva. Entre ellos podemos citar los números 9036, 9037 y 9038, todos del año 2006. Igualmente los números 12070, 12578, 14008 y 15773, también de ese año, a los cuales nos referiremos con posterioridad.

Finalmente, cobra relevancia la reciente sentencia de la Sala Segunda N° 329-2007 de diez horas treinta y cinco minutos del veinticinco de mayo de 2007, pues presenta la particularidad de que ya no se basa solamente en el referido fallo constitucional N° 13672 del año 2004 (como lo hicieron las ya citadas sentencias de esa Sala del 2006), sino que vino a sustentarse en los fallos constitucionales más recientes -del año 2006-. Por tal motivo, la posición de la Sala Segunda con respecto a la llamada “tesis restrictiva” adquirió aún mayor precisión y consistencia.

De dicha resolución, en lo que interesa, cabe mencionar que se fundamentó en dos de aquellas sentencias constitucionales. La primera de ellas fue la ya citada número 14008 de las 9:46 horas del 22 de setiembre del 2006, de la cual, en lo que interesa, transcribió lo siguiente:

*“IV.-De importancia para la resolución de este asunto debe recordarse que ya esta Sala ha analizado en otras oportunidades los distintos regímenes de contratación de los notarios frente a la Administración, siendo un ejemplo de ello la sentencia número 2000-444 de las dieciséis horas cincuenta y un minutos del doce de enero de dos mil. En dicha oportunidad la Sala reconoció 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; 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. Así las cosas, en el primer supuesto, se ha reconocido la existencia de una relación laboral, de subordinación del profesional a la institución, la cual es retribuida mediante el pago de un salario establecido de previo, el cual no permite al servidor recibir ninguna otra remuneración por los servicios que presta. Por lo anterior, para los notarios de planta resulta improcedente el cobro de honorarios por la actividad notarial que realicen pues dicha actividad es retribuida en su salario, con lo cual se pretende evitar el pago de salario y honorarios profesionales por el mismo trabajo. El anterior análisis realizado por la Sala no nació en forma antojadiza, sino que por el contrario, tiene fundamento en lo dispuesto en el Código Notarial, el cual reconoce la existencia del notario bajo salario o retribución fija, tal como se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 4 inciso f), 5 inciso d), 7 inciso b) y 8 párrafo final. De los artículos anteriormente transcritos puede llegarse a varias conclusiones que deben rescatarse para la resolución del caso concreto. De la interpretación a contrario sensu del artículo 4 inciso f) citado, se desprende que se permitiría el ejercicio externo de la actividad notarial a quienes ocupen cargos públicos si no hay prohibición alguna al respecto -y por supuesto se cumplan los demás requisitos establecidos en el Código (como la no superposición horaria por ejemplo) - y por otro lado, no logra concluirse de dicho numeral que se limite en forma alguna el ejercicio interno de la actividad notarial para quienes ocupen cargos públicos, es decir, aun cuando hay una cierta limitación para el ejercicio externo, no se prohíbe en ningún momento realizar actividad notarial para la propia entidad pública de la cual recibe salario el notario. Asimismo, del artículo 5 inciso d) citado, logra desprenderse que los funcionarios públicos pueden ejercer el notariado siempre que reúnan los requisitos ahí establecidos, entre ellos, ser contratados a plazo fijo, que no estén dentro del Servicio Civil ni disfruten del pago de prohibición y dedicación exclusiva, que no tengan superposición horaria y que en la institución no se prohíba dentro de su legislación interna. (...) (El subrayado no es del original)*

Y expresó seguidamente la Sala Segunda en dicho fallo 329-2007 que:

*“En el caso bajo análisis, en la entidad demandada no existe norma interna que prohíba el ejercicio de la función notarial, tampoco consta que medie alguna norma que lo autorice. Luego, no existe en el Manual Descriptivo de Clases de Puestos alguno correspondiente para el cargo de abogado o para el de notario, pues genéricamente están clasificados en la serie profesional (folios 2-3). Si bien el cargo ocupado por el recurrente no está sujeto al régimen de servicio civil, lo cierto es que su relación es por tiempo indefinido y no a plazo, aparte de que se encuentra sujeto al régimen de dedicación exclusiva, por lo cual percibe un plus salarial correspondiente al 55% del salario base.”*

Luego, ese fallo 329-2007 también hizo referencia al de la Sala Constitucional número 9037 de las 15:11 horas del 27 de junio del 2006 (también citado con anterioridad), sosteniendo que fue aún más claro al seguir la tesis restrictiva. De éste transcribió lo siguiente:

**“IV.-Sobre los funcionarios públicos que desean ejercer actividad notarial.** *Debido a que ha existido confusión sobre el tema de los funcionarios públicos que desean dedicarse a su vez a la actividad notarial, previamente a entrar a valorar el fondo del asunto, resulta de interés realizar un análisis del tratamiento que debe darse en esta materia, a la luz de los principios constitucionales y legales . En materia de funcionarios públicos que pretenden realizar actividad notarial, el artículo 4 inciso f) del Código Notarial no puede interpretarse de forma aislada, pues además del requisito ahí establecido deben observarse los establecidos en el numeral 5 inciso d) de dicho texto normativo. En efecto, la regla general es que los funcionarios públicos que trabajen en instituciones donde se prohíbe el ejercicio del notariado, no pueden dedicarse a tal actividad. Sin embargo, el hecho que un funcionario trabaje en una institución donde no existe tal prohibición, no le otorga per se derecho a realizar la actividad notarial, pues además su caso debe ubicarse dentro de las excepciones establecidas en el numeral 5 inciso d) del Código, es decir, debe estar nombrado a plazo fijo, excluido del Régimen del Servicio Civil, no gozar de sobresueldo ni compensación económica por prohibición o dedicación exclusiva y no tener superposición horaria. Interpretar aisladamente el artículo 4 inciso f) del Código Notarial, produciría que cualquier funcionario público que trabaje para una institución donde no se prohíba el ejercicio externo del notariado pueda ejercer la actividad notarial, sin embargo, no puede separarse dicho artículo de las reglas que establece el numeral 5 comentado (...).”* (El subrayado no es del original).

(Nota: Con respecto a este fallo constitucional N° 9037-2006, cabe agregar que también le sirvió de sustento al ya citado 15773-2006 de 16:07 hrs. del 31 de octubre de 2006, que es el más reciente de los comprendidos en el presente estudio).

Por consiguiente, con base en las referidas sentencias dictadas por la Sala Constitucional, en las que a su vez se sustentaron las emitidas por la Sala Segunda -confirmando lo resuelto por la Dirección Nacional de Notariado- es evidente que el funcionario público que solicite ser habilitado para ejercer el notariado, debe cumplir con los requisitos establecidos claramente en esos fallos, a saber: a) que en la institución donde labora no exista prohibición expresa para el ejercicio privado del notariado (artículo 4, inciso f del Código Notarial); y b) que aun cuando no existiere tal prohibición, su caso debe estar comprendido dentro de las excepciones del inciso d) del numeral 5) ibídem; es decir, estar nombrado a plazo fijo, excluido del Régimen de Servicio Civil, no percibir compensación por dedicación exclusiva o prohibición y que no exista superposición horaria.

Resta agregar sobre este punto que recientemente esta Procuraduría en su dictamen C-132-2007 de 30 de abril del año en curso, emitió criterio al respecto, basándose también en algunos de los fallos constitucionales y de la Sala Segunda a que se ha hecho referencia. De manera que dicho pronunciamiento debe tenerse por ampliado con las nuevas sentencias a que se ha hecho referencia en el presente estudio.

A la vez, también corresponde aclarar los términos del párrafo segundo de la conclusión N° 1 de ese dictamen, en cuanto expresa: “Lo anterior, pese existir alguna norma dentro de la institución que no prohíba al servidor o funcionario al ejercicio privado del notariado”, para que en su lugar se entienda: pese a no existir alguna norma dentro de la institución que prohíba el ejercicio privado del notariado. Ello debido a que el texto del inciso f) del numeral 4° del Código Notarial a lo que se refiere en su parte final es a instituciones donde “se les prohíba el ejercicio externo del notariado” a sus servidores. Obsérvese que incluso por razones de técnica normativa, resultaría muy difícil que en una institución se emitan disposiciones a lo interno en las cuales se establezca que no existe prohibición a los funcionarios para tal ejercicio; es decir, que el principio que rige en esa materia se desarrolla más bien a través de normas prohibitivas del ejercicio privado de la respectiva profesión.”

Como complemento de lo anterior y a fin de puntualizar aún más sobre el tema, traemos a colación el fallo N° 2007-000321 de las 9:55 horas del 25 de mayo de 2007, dictado por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sobre un caso similar al aquí consultado. Cabe acotar que esa sentencia se fundamenta en la jurisprudencia de la Sala

Constitucional citada en el aparte 2) del referido dictamen C-319-2007, lo cual nos permite concluir que el cambio de criterio allí surgido -tesis restrictiva- se encuentra suficientemente consolidado.

Ahora bien, se desprende del fallo antes mencionado que la Dirección Nacional de Notariado inhabilitó para el ejercicio del notariado a una abogada de la Municipalidad de Montes de Oca. A raíz de lo anterior, ésta interpuso un recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución que decretó su inhabilitación.

En esa sentencia la Sala en el **CONSIDERANDO IV** expresó que:

“En el caso concreto, la licenciada (...) no cumple con los requisitos apuntados, por cuanto *está nombrada en la Municipalidad de Montes de Oca a plazo indefinido, unido el pago que por concepto de prohibición como parte de su salario (...).*”-

Cabe agregar que la Ley de Compensación por Pago de Prohibición (Ley N° 5867 del 15 de 1975), en su artículo 5 establece lo siguiente: “Los beneficios dispuesto en los incisos a) y b) del artículo 1 de esta ley, se aplican a los funcionarios y empleados del Poder Ejecutivo referidos en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los egresados de programas de licenciatura, maestría o doctorado en Derecho, que estén cumpliendo tales funciones. Estos beneficios se aplicarán, igualmente, a los funcionarios que en el nivel de licenciatura o egresados, laboren para el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, el Registro Civil y la Contraloría General de la República. Tal compensación se calculará sobre el salario de base correspondiente a cada institución”, por su parte, el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dispone: “Aunque sean abogados, no podrán ejercer la profesión los servidores propietarios de los Poderes Ejecutivo y Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República, de la Procuraduría General de la República y de las municipalidades, (...), de esto se desprende que los servidores a los que se refiere la normativa, supuesto en el que se encuentra la licenciada (...), *no pueden ejercer la abogacía de manera privada, salvo las excepciones contempladas, y aún cuando se tiene plena claridad sobre las diferencias existentes entre el ejercicio notarial y el de abogacía, lo cierto es que nuestro sistema jurídico concibe el notariado como ligado a la abogacía, en consecuencia, el ejercicio de aquella se ve impedido por estar vedado el desarrollo de ésta.*” (el subrayado es nuestro)

Como puede observarse, en dicha resolución la Sala II fue contundente en el sentido de que a los profesionales en derecho al servicio de las Municipalidades les está prohibido ejercer privadamente el notariado, si están nombrados a plazo indefinido, o reciben compensación por prohibición.

Expuesto lo anterior, resta determinar si las funcionarias que laboran en el Departamento de Asunto Jurídicos de esa Municipalidad se encuentran en esos presupuestos.

Del oficio remitido por esa Municipalidad N° DA-358-2004 no se desprende el tipo de nombramiento de esas funcionarias. No obstante, debe presumirse que sus nombramientos son a plazo indefinido, dado el carácter excepcional de las contrataciones a plazo fijo. Tal conjetura se confirmó mediante llamada telefónica realizada el 23 de abril en curso, al consultante, quien nos confirmó, que esas plazas son de las correspondientes a la partida de cargos fijos (entiéndase permanentes).

Por su parte sobre el pago de prohibición, en el oficio antes mencionado se expresa que perciben tal compensación.

En consecuencia, con fundamento en las sentencias antes transcritas, es evidente que esas funcionarias no pueden ejercer el notariado de manera privada.

**2) La segunda interrogante expresa:**

***“Asimismo es imperativo se nos aclare, si en caso que no sea procedente el ejercicio del Notariado, es factible reconocer el rubro de prohibición por concepto de notariado a dichas funcionarias”***

Al respecto cabe indicar que este punto sujeto también a consulta no es nuevo. En efecto, en la vía ordinaria laboral se conoció y resolvió sobre una demanda interpuesta por un notario funcionario público.

La pretensión del accionante consistió en que el Estado debía reconocerle por la limitación impuesta -no ejercicio del notariado- **“una retribución diferente de la prohibición de la abogacía, no menor que el porcentaje recibido por concepto de prohibición al ejercicio de la abogacía (no menor al 65% del salario base)”**

Ese proceso, dada su complejidad y novedad, tuvo la característica de que la sentencia de primera instancia fue a favor del actor. No obstante, ese fallo fue revocado en segunda instancia y confirmado por Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia N° 1999-00333 de las 10:30 horas del 27 de octubre de 1999.

A continuación transcribiremos las razones o fundamentos que tuvo la Sala para confirmar el fallo del Tribunal y, por ende, rechazar la demanda interpuesta:

*“II.-Tal y como se ha indicado en anteriores pronunciamientos, el pago de prohibición a los servidores públicos, se estableció para retribuirles la imposibilidad legal de ejercer su profesión, fuera del puesto desempeñado. Por eso, el pago opera automáticamente, pues no está dentro de las facultades del servidor renunciar a esa prohibición y el patrono carece de discrecionalidad para poder dispensarla; entonces, cabe afirmar que, la sola aceptación del puesto, implica su pago.*

*III.-Si se observa el contenido de esa normativa especial, con el debido detenimiento, se concluye, con facilidad, que lo que dichas disposiciones mandan pagar, como una compensación salarial, es la prohibición para ejercer la profesión, por la cual el servidor fue contratado y que resulta de la normativa (orgánica o estatutaria), reguladora de la relación de empleo público. Este tipo de prohibiciones tienen un indudable fundamento ético; pues, cuando se establecen lo que se busca es impedirle al servidor público destinar su tiempo a otras actividades, en el campo privado; dado que ello se considera inconveniente, porque puede afectar la necesaria intensidad, en el ejercicio de las actividades propias de la función o bien porque puede producirse una indeseable confusión, en los intereses de uno y otro campos, dejando los públicos subordinados o hasta al servicio de los privados. Se crea y se paga así una incompatibilidad propia y originada en la relación de empleo público, para determinados cargos de rango profesional o académico. (...) Si un profesional en Derecho, que también ostenta el título de Notario Público, acepta un destino concreto en el Estado, en relación de empleo público, se coloca en una situación de incompatibilidad, en lo que respecta a la función notarial; que también es pública pero de ejercicio privado, y queda en tal situación especial, no porque las leyes de empleo lo establezcan, sino porque la ley que organiza el notariado, crea la incompatibilidad. Así las cosas y visto el asunto desde esta perspectiva; expresó, correctamente, el Tribunal, bajo el cardinal principio de legalidad su criterio jurídico, en un todo conforme a Derecho, porque no se puede aplicar una ley que ha establecido o permitido el pago de un plus salarial, por la prohibición que resulta de normativa del empleo y basar en ella una compensación, por una incompatibilidad propia de otro régimen. En realidad no existe norma que autorice el pretendido pago de la incompatibilidad y no se ve por qué deba haberla, ya que la situación en que queda el Abogado, que libremente acepta un destino público, en relación con el ejercicio de la función notarial, tiene su origen en una elección de la persona, adoptada voluntariamente, en el ejercicio de su derecho de escoger la actividad que más le convenga, desde el punto de vista de sus intereses personales, familiares y económicos. De esta manera, ni siquiera la paridad de razones, podría aplicarse, legal y supletoriamente, aquel otro régimen de pago de prohibición; dado que este supuesto, es completamente diferente”.*

Del fallo antes transcrito se desprenden argumentos contundentes que hacen imposible reconocer una compensación por el no ejercicio del notariado, derivada de una relación de empleo público. La razón principal como bien lo afirma la Sala en su sentencia, es que en nuestra legislación no hay norma alguna que autorice ese pago.

### **3) CONCLUSIONES:**

Con fundamento en lo expuesto, esta Procuraduría concluye lo siguiente:

a) Las funcionarias que laboran en el Departamento de Asuntos Jurídicos de esa Municipalidad están imposibilitadas para ejercer privadamente como notarias, aunque no exista allí norma que lo prohíba. Lo anterior, por cuanto se encuentran nombradas a plazo indefinido además de que perciben el pago de la compensación por prohibición (por la abogacía) y, por ende, no cumplen con los requisitos del inciso f) del numeral 4° en concordancia con el inciso d) del artículo 5° del Código Notarial.

b) Tampoco podría reconocérseles pago alguno por no ejercer el notariado, por cuanto en nuestro ordenamiento jurídico no hay norma alguna que autorice esa compensación.

Lo saludan, atentamente,



**Lic. Ricardo Vargas Vásquez**

**PROCURADOR**

**Lic. Julio Reyes Chacón**

**ASESOR ASISTENTE DE PROCURADURÍA**