

**LA FUNCION DEL NOTARIO:
DESDE EL AMBITO DEL DERECHO PUBLICO**

Dr. Virgilio F. Calvo Murillo
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Costa Rica

Dos corrientes conceptuales son las que delimitan y desarrollan la función Notarial desde el ámbito del Derecho Público a saber: a) la Relación de Sujeción Especial y b) la Teoría del Ejercicio Privado de las Funciones Públicas.

a) La Relación de Sujeción Especial

El Notario, como funcionario público que es, se sitúa en una posición muy particular respecto al Estado en comparación con el resto de la ciudadanía, vínculo que ha recibido el nombre de Relación de Sujeción Especial por cierto sector de la doctrina y que se puede entender como:

“Aquellas relaciones jurídico públicas en las cuales una persona física o jurídica, por la especial posición en que le encuadra el ordenamiento jurídico, por su inclusión como parte integrante de la organización administrativa o por razón de la especial relevancia que para el interés público tiene el fin de ésta, se encuentra en una situación de sometimiento distinta y más intensa del común de los ciudadanos...”⁽¹⁾

A ese tipo de relación pertenecen además las siguientes situaciones: el estudiante, el preso, las Corporaciones Profesionales, etc.

Ejemplos en nuestra Ley de Notariado de esta situación de sujeción especial es la siguiente: Obligación de mantener oficina abierta con el fin de atender a toda persona que requiera sus servicios (artículos 3 inciso e), 4 inciso b), 6, 10 inciso d) y 24 inciso i) Código Notarial).

En tanto que la Relación General de Sujeción, sería: “...la dependencia jurídica, en su sentido más amplio, en la que se encuentra el súbdito frente al Estado”.⁽²⁾

(1) Castillo Blanco (Federico). *Función Pública y Poder Disciplinario del Estado*. Madrid, Editorial Civitas, 1992, pág. 28.

(2) Otto Mayer, citado por Gallego Anabitarte (Alfredo). *Las Relaciones Especiales de Sujeción y el Principio de la Legalidad de la Administración*, **Revista de Administración Pública**, Madrid, N° 34, enero-abril de 1961, pág. 14.

Consecuencia de la Relación Especial de Sujeción a que se ve sometido el Notario es la facultad disciplinaria que tiene el Estado con el fin de que la actuación notarial se ajuste a la normativa del Código, reglamentos, normas y principios de ética profesional y las disposiciones que dicten la Dirección General de Notariado y cualquiera de sus órganos encargados de cumplir funciones relacionadas con la labor notarial (artículo 18 Código Notarial).⁽³⁾

Esta facultad o potestad disciplinaria responde a su vez a otro tipo de clasificación que ha sido acogida por la propia Sala Constitucional, que va dirigida al ámbito interno de la Administración, en contraposición con la potestad correctiva, que se refiere al carácter externo de la misma. Es así que mientras que esta última "...tiene por objeto sancionar las infracciones a las órdenes o mandatos de la Administración Pública, es decir, a las acciones u omisiones antijurídicas de los individuos, sean o no agentes públicos...";⁽⁴⁾ la disciplinaria en cambio, "...tiene por objeto exclusivo sancionar las violaciones de los agentes públicos a sus deberes jurídicos funcionales...".⁽⁵⁾

De cualquier forma como se quiera ver al vínculo que guarda el Notario con el Estado —sea como una relación de sujeción especial o como sujeto de una potestad disciplinaria— lo cierto es que a pesar de que se trate de una función que se ejerce de manera particular o "liberal", se está en presencia de una relación especial previa, que crea una acentuada situación de dependencia, con la correlativa consecuencia, de que se somete al contacto y a la vigilancia del Estado para un fin común a ambos, que no afecta a todos los ciudadanos y que origina a favor de la Administración la potestad tácita para regular y sancionar la indisciplina del Notario dentro de la misma.

Acorde con el planteamiento doctrinario indicado atrás, nuestro Código Notarial establece como se dijo en el artículo 18 el principio general de la responsabilidad disciplinaria. Y de modo paralelo y con el fin de desarrollar el mismo, el artículo 13 se refiere a la inhabilitación, el

(3) Un desarrollo extenso del tema se encuentra en García Macho, Ricardo: *Las Relaciones de Especial Sujeción en la Constitución Española*. Tecnos, Madrid, 1992.

(4) *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, N° 1265-95 de 15 horas, 36 minutos de 7 de marzo de 1995.

(5) *Ibid.*

24 inciso e), 143 a 148 y 161 a la suspensión. El 139 establece las clases de sanciones a saber: apercibimiento, reprensión y suspensión en el ejercicio de la función Notarial. Las dos primeras en caso de falta leve, según la importancia de esta y, la tercera en caso de falta grave. Finalmente se regula detalladamente el procedimiento sancionatorio en los artículos 150 a 163.

b) La Teoría del Ejercicio Privado de Funciones Públicas

El tratadista italiano Guido Zanobini fue el primero en explicar el fenómeno e introducir la noción de ejercicio privado de funciones públicas. Indicó, que cuando una potestad o un servicio público se dan en ejercicio a un particular, pero la Administración conserva la titularidad, se está en presencia de ella. Son ejemplos de esta afirmación la actuación de los concesionarios de servicios públicos en general para el segundo caso; mientras que para el primero, la actuación del Notario.⁽⁶⁾

Posteriormente se ha ido desarrollando ese concepto inicial por la nueva doctrina del Derecho Administrativo,⁽⁷⁾ en sentido sustancialmente análogo al criterio inicial. Se trata de conferir a un particular el ejercicio de atribuciones que son propias del Estado y de las cuales continúa siendo titular. Puede darse en los siguientes casos:

- 1) Directamente de la ley, como en el caso que se obliga al particular a prestar colaboración en circunstancias especiales o, también cuando se autoriza a ejercer una acción popular que le permita al ciudadano promover un juicio para la tutela de un interés público;
- 2) De un título particular de investidura, como el caso de profesionales privados y el Notario en particular a los que se les da la atribución de fedatarios públicos, incluso frente a la Autoridad Pública; el caso de los concesionarios de líneas de transporte público de personas;

(6) Zanobini (Guido) *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*. Roma, Trattato Orlando, II, 1920, pág. 391.

(7) Giannini (Massimo Severo) *Diritto Amministrativo*, T. I, Guiffré, Milano, 1970, pág. 169 y Mortati (Costantino) *Istituzioni di Diritto Pubblico*, T. I, Cedam, Padova, 1975, pág. 215 y ss.

- 3) De un acuerdo entre particulares, como cuando se da la hipótesis de un derecho controvertido y se da en que los sujetos del diferendo encargan a árbitros la definición de la discrepancia. En este caso, los árbitros no tienen la calificación de funcionarios públicos, pero asumen las funciones respectivas y se ven habilitados para emitir la decisión con la misma eficacia de la sentencia, en virtud del acuerdo de los interesados dada la previsión del ordenamiento en tal sentido.

La diferencia entre un particular investido de funciones públicas y un funcionario público propiamente tal es que, en el primer caso no existe una oficina incorporada en la estructura de la organización estatal, mientras que sí se da tal situación en el segundo.

En tal sentido, el particular que ejercita la función pública lo hace bajo su propia responsabilidad, con medios propios y bajo su propio beneficio, sin que los efectos de la actividad se imputen al Estado, ya que este se sirve de la actividad para realizar actividades que le corresponden. El Estado por tanto, se desinteresa de la organización interna de la oficina del particular que presta el servicio y el particular realiza la labor con criterios de conveniencia y beneficio personal. Consecuencia necesaria de esto es sin duda, que la responsabilidad la asume en su totalidad el particular que asume la realización de las funciones públicas.⁽⁸⁾

Nuestro Código Notarial se hace eco de este criterio y, específicamente en los artículos 1, 30, 31 y 35 expresamente consagra la hipótesis de la actuación notarial como ejercicio privado de las funciones públicas, con la atribución al particular de la condición de fedatario público.

c) La situación del Notario a sueldo

Queda claro que el actual Código de Notariado se informa de las dos concepciones doctrinales ya indicadas.

Esto significa decir que al encontrarse el Notario frente a un régimen de sujeción especial frente al Estado, sometido a una potestad disciplinaria que le impone el ejercicio de su función, la que es pública

(8) Alessi, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. Tomo I, Giufré, Milano, 1971, pág. 177.

en razón de un título especial de investidura, la conclusión tanto desde el punto de vista doctrinal como de derecho positivo es concordante: *No puede darse la hipótesis de Notarios a sueldo ya que iría contra la naturaleza misma de los criterios enunciados y de la obligación a que el servicio deba prestarse conforme a los principios indicados en el artículo 4 de la Ley General de Administración Pública.*

Suponer que el Notario pueda tener sueldo de un patrón público o privado sería por tanto impedirle el desarrollo de su función conforme a tales principios, ya que en tal caso no podría dar el servicio público que esa profesión entraña.

Nuestro Código Notarial en el artículo 143 inciso f), permite la suspensión hasta por un mes cuando el profesional no se ajuste a la tarifa, ya sea por cobrar menos o por excederse en el cobro. En consecuencia, dicha prohibición alcanza con mayor razón a la posibilidad de no cobrar honorarios del todo, por estar el profesional ramunerado con un salario mensual. Esta prohibición deberá entenderse como entendida a la posibilidad de Notarios a sueldo.

Sin embargo, en forma contradictoria el artículo 7, inciso b) párrafo segundo, no permite al Notario cobrar honorarios cuando realicen documentos correspondientes a la actividad ordinaria del ente patronal. Esta disposición es claramente contraria a la filosofía conceptual y de Derecho Positivo adoptada de modo general por nuestro Código Notarial ya que, por vía específica deja sin efecto toda una filosofía jurídica mundial proyectada en el sentido de prohibir la posibilidad de que existan Notarios a sueldo y, convendrá definitivamente promover la reforma de ley que derogue dicha disposición.

Esta preocupación no se reserva al campo especulativo del razonamiento jurídico. Ya hemos tenido casos en nuestro país que instituciones crediticas estatales pretenden contratar a Notarios como asalariados y, concomitante prescindir de profesionales externos a la institución que prestan sus servicios como Notarios sin que los mismos cuesten un centavo a aquella, ya que su pago lo realiza el cliente directamente.

Existen otras disposiciones en nuestro Ordenamiento Jurídico que se encuentran en abierta contradicción con los principios doctrinales y de derecho positivo expresados anteriormente. Me refiero a los artículos 67 de la Ley de Contratación Administrativa, 69.2, 69.5 y 69.6 del

Reglamento General a dicha Ley, 174 de la Ley Orgánica del Banco Central y 24 de la Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos. En todos ellos se permite la posibilidad de contratar Notarios en régimen de sujeción patronal y por el pago de un salario.

No cabe duda de la importancia de promover las acciones del caso para que el resto de las normas del Ordenamiento Jurídico se ajusten y coordinen con los principios informadores del Código Notarial. Esto no solo dará mayor claridad y cohesión al bloque de legalidad, sino que irá en beneficio directo de los principios de justicia y seguridad jurídicas.