

# COMPARACIÓN ÉTICA ABOGADIL - ÉTICA NOTARIAL.

## COMPARISON OF LAWYER ETHICS - NOTARIAL ETHICS.

### II PARTE.

**Nota de la editora: Por la extensión de este artículo se ha dividido en dos partes sólo para efectos de la publicación, siendo que el formato de revista requiere de otros autores y artículos, para evitar que se convierta en una monografía. A continuación, la segunda parte.**

## DR. ALBAN BONILLA SANDÍ

- Licenciado en Filosofía, Universidad de Costa Rica.
- Doctor en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho.
- 43 años de docencia universitaria (UNA-UCR-UELD) en los campos de la Filosofía de la Educación, Filosofía del Derecho, Realidad Nacional, Ética Profesional (en diferentes campos profesionales), Derecho de Familia y Teoría General del Derecho, entre otras.
  - Catedrático de la Universidad Nacional y de la Escuela libre de Derecho.
- Ha sido Decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la UNA, Presidente de Carrera Académica de la UNA, Presidente y Secretario Ejecutivo del Consejo de Facultades Humanísticas de Centroamérica, Director Académico del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, Director Ejecutivo de la Unidad de Rectores de Universidades Privadas de Costa Rica (UNIRE), Director Ejecutivo del Sistema de Acreditación de Carreras Universitarias Privadas (SUPRICORI) y Coordinador de la Comisión de Ética del Consejo Superior Notarial.

# COMPARACIÓN ÉTICA ABOGADIL - ÉTICA NOTARIAL.

## COMPARISON OF LAWYER ETHICS - NOTARIAL ETHICS.

### Resumen:

Este trabajo es un estudio comparativo, desde la perspectiva deontológica, entre dos profesiones: la abogacía y el notariado público. Se hace un contrapunto entre ambas, se señalan las diferencias y cómo éstas pueden entrar en colisión. Finalmente se concluye que es conveniente separarlas, como sucede en otros sistemas en donde resulta incompatible ser abogado y notario.

### Abstract:

This work is a comparative study, from a deontological perspective, between two professions: the legal profession and the public notary. A counterpoint is made between the two, the differences are pointed out and how they can collide. Finally, it is concluded that it is convenient to separate them, as happens in other systems where it is incompatible to be a lawyer and a notary.

### Palabras clave.

Imparcialidad-parcialidad. Fe pública. Comparecientes-rogantes- Obligación de resultados- obligación de medios- Dirección Nacional de Notariado-Juzgado Notarial-Fiscalía Colegio Abogados.

### Keywords.

Impartiality-partiality. Public faith. Appearing - supplicants - Obligation of results - obligation of means - National Directorate of Notaries - Notarial Court - Prosecutor's Office College of Lawyers.

### Sumario.

- II. Comparación deontológica entre notarios y abogados.
- n. Función preventiva
- o. Sede voluntaria.
- p. Papel en los contratos.
- q. Prohibiciones e incompatibilidades.
- r. Rogantes, otorgantes, comparecientes, no clientes.
- s. El notario actúa con ambas partes.
- t. Naturaleza autorizativa y legitimadora.
- u. El notario cartula, no aboga.
- v. Función rogada.
- w. Motiva negativa.
- x. No por salario.
- y. Oficina abierta al público.
- z. Notariado: Obligación de resultados. Abogacía: obligación de medios.
  - 1. Pacto de "cuota litis".
  - 2. Garantía patrimonial.
  - 3. Control disciplinario.
  - 4. La prescripción disciplinaria.
  - 5. Vigencia de las sanciones e inhabilitaciones.
  - 6. El efecto inhabilitante de las condenas penales.
- III. Cuadro comparativo.
- Bibliografía..

### n. Función preventiva.

En este aspecto el notario está llamado a cumplir una **función preventiva, justicia reguladora** (Véase el artículo 134 inciso a-c Código Notarial), de hecho, se conoce su labor como magistratura preventiva y autores como Rodríguez Abrados la llama "jurisprudencia cautelar" (RODRÍGUEZ ABRADOS, 1981), De Castro "**jurisprudencia notarial**",

Larraud “**asistencia preventiva**”, Vallet “**profilaxis jurídica**”<sup>1</sup>, BHÜRMAN (1971) lo llama “... el **notario o escribano** es el ‘**Magistrado de la paz jurídica**’”.

El juez, el fiscal, el defensor público, el abogado intervienen en la “post facto”. El notario anticipa el conflicto y su misión es prevenirlo. “La diferencia más importante entre el notario y los demás profesionales del Derecho se encuentra en este punto: la función notarial va dirigida preferentemente al futuro, configura y predetermina derechos, conductas futuras, anuncia, predice y garantiza acontecimientos futuros” (FIGA FAURA, s.f.). Es una diferencia de la oportunidad de la intervención.

El notario confecciona y autoriza el instrumento para prevenir el conflicto, no para crearlo. Esta es una función que prevalece a lo largo de toda su intervención, desde el requerimiento hasta la inscripción, y desaparece cuando los tribunales intervienen. (RODRÍGUEZ ADRADOS, 1981):

Este entendimiento de la labor asesora del notario como jurisprudencia cautelar viene determinado por el momento de su inserción en el **íter** formativo el instrumento público: El notario asiste al nacimiento del sinalagma genético, y en este nacimiento actúa de catalizador, y por eso el juicio del notario, a diferencia del juicio del juez, es prospectivo y no retrospectivo, es un juicio jurídico a **priori**... respecto a la regulación negocial de los intereses privados en constitución, en una palabra, tratándose de hechos humanos, y especialmente de declaraciones negociales, el notario actúa en la zona de los hechos, **antes de que ocurran**, y por tanto puede y debe sugerir y aconsejar para evitar peligros o hacer ver consecuencias de los actos.

Negocios privados que se quedan en la esfera privada, sin trascender a los tribunales, evitan y precaven el conflicto, privilegia la

voluntad negocial sobre el divorcio de voluntades.

No sucede lo mismo con el abogado que suele intervenir en la fase conflictiva, cuando las partes no se han puesto de acuerdo; es decir, interviene en la **fase “curativa”**, para requerir a la judicatura que realice la **“fase restitutiva”**.

La actuación moral del notario lo obliga a un actuar “...con apego a normas que le permitan mantenerse imparcialmente equidistante de las partes y le impriman, por tanto, a aquellos actos y contratos, legalidad y equidad, a fin de hacer prevalecer el principio al que está llamado el notario en nuestro tiempo: realizar la justicia preventiva” (SAENZ JUÁREZ, 1984). Hoy se ha diversificado el concepto de justicia, y por eso hablamos de justicia restaurativa, de justicia preventiva, curativa, retributiva, alternativa, etc. Cada forma de justicia corresponde con alguna función. Al notario le compete, por definición, la justicia preventiva que ni el juez, ni el abogado, ni el conciliador ni ningún otro funcionario despliegan con tanta propiedad. Es su especificidad funcional. Por eso el Derecho Notarial es Derecho cautelar<sup>2</sup>, pues cumple una función preventiva que el Estado delega en el notario para dar seguridad jurídica y eficacia al tráfico privado. Es un derecho precautorio, pues busca adelantarse y prevenir y precaver los riesgos que la incertidumbre jurídica pudiera acarrear a sus otorgantes. LARRUD (1966) apunta que “...la función notarial tiene carácter preventivo, y tiende a lograr la inobjetablez de los derechos privados, haciendo ciertas las relaciones y situaciones subjetivas concretas que de ellas derivan”. Si el derecho cumple dos fines esenciales: seguridad jurídica y justicia, en la labor preventiva del notario se conjugan ambos fines.

El abogado concilia o confronta (35-22 Códici-

<sup>1</sup> Así citados por RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. Op. Cit, Pág. 1406

<sup>2</sup> El derecho cautelar implica “... la acción depuradora sustantiva, la acción antilitigiosa o de economía procesal” (GARRIDO CERDA, Emilio. Funciones públicas y sociales del notariado. En: XXI Congreso Internacional de Notariado Latino, Berlín, 1995. Gráficas Minaya, Guadalajara, 1995, Pág. 19)

go de Moral), el Código de Moral recomienda las soluciones extraprocesales (22 Código de Moral), pero no inhibe las contenciosas; en cambio el notario no puede participar en asuntos contenciosos. A pesar de que con la ley de Resolución Alternativa de Conflictos se ha ido introduciendo en el país la cultura de la conciliación, mediación y arbitraje como instrumentos de paz social, la ley la aplican los abogados, notarios, jueces, mediadores y conciliadores certificados, sin desnaturalizar, por ello, sus funciones. Tan es así que cuando la "solución alternativa" no funciona, el notario no puede intervenir, mientras que el juez y el abogado sí, pues el notario no puede intervenir donde hay contención, y prueba de ello es que cuando un asunto se tramita en sede voluntaria (competencia material notarial, artículo 129 Código Notarial), ésta cesa cuando surge contención y hay oposición (artículo 134 Código Notarial). La doctrina nacional se ha pronunciado en el mismo sentido "La fe pública Notarial tiene su esfera de acción en las relaciones jurídicas privadas extrajudiciales, lo que hace que el Notario sea un magistrado de la paz, que se desempeña en la justicia preventiva" (MORA VARGAS, 1999). Justicia preventiva en la esfera privada, pues el notario solo interviene en asuntos privados, aunque una de las partes sea el Estado<sup>3</sup>.

El notario participa donde hay acuerdo, trata de poner a las partes de acuerdo cuando surja alguna desavenencia en el negocio, y que se quedan en sede notarial, precisamente, cuando hay acuerdo o se requiere evitar el conflicto. En estos casos el notario no debe tener una actitud pasiva, de esperar la restauración o mantenimiento de la paz de forma espontánea. "La fe pública notarial es preventiva, ya que las partes acuden al notario antes que se presente conflicto entre

ellos, precisamente para evitarlos y no tener que acudir a los tribunales a comprobar los hechos y derechos que les interesan. Es así que el documento notarial por estar impregnado de la fe pública hace plena prueba por sí, por eso la fe pública notarial existe por la necesidad de probar la existencia de ciertos hechos o actos jurídicos" (CASTILLO PRADO, 1987). La seguridad jurídica es fuente de armonía social, y el notario está llamado a implementarla. Peisino (1998) sostiene que "La tarea del notario es evitar el pleito posterior y el riesgo de las encontradas interpretaciones judiciales en base a una adecuada instrumentación". Su deber es armonizar a las partes, y si no lo logra, al menos debe tratar que el conflicto no se profundice, su tarea es evitar que los asuntos lleguen a los tribunales. Como todo derecho cautelar, la función notarial tiene tres propósitos: a) que toda relación jurídico-privada nazca sin daño ilícito para los terceros. Es un amparo preventivo para preservar los intereses de terceros que se encuentren en riesgo (suplir, reconstituir y atribuir títulos formales); b) que las relaciones sean firmes entre las partes. De esta manera la función asume la exclusividad extrajudicial, sirve para corroborar la correcta formación de la voluntad negocial (control de identidad subjetiva, presupuestos del negocio, libertad de la voluntad, capacidad, libertad de decisión y legitimación. El notario debe controlar la legalidad, todos los tipos de ineficacia, nulidades absolutas y relativas, anulabilidades y rescindibilidades, actos fraudulentos (con respecto a la ley y a terceros) c) y la promoción del equilibrio contractual. Esta función fijadora no es meramente pasiva. Esta función incide en el ámbito social (confianza general de la estabilidad de las relaciones jurídicas privadas) y d) que las relaciones sean efectivas frente a terceros. Esta función tiene que ver con la publicidad negocial.

Permite privar a los terceros de su legitimidad para impugnar el negocio y oponer, frente a terceros, la parte sustantiva del negocio.

PELOSI (1980) lo dice de la siguiente manera:

3 Cuando le pregunté a la Licda. Gladis Herrera Raven, Notaria Pública del Estado, Procuraduría General de la República, en entrevista concedida el 15 de noviembre del 2004: ¿Participa el Estado en la esfera privada? Respondió: "Privada entre comillas, porque es el Estado con un particular, pero haciendo un negocio privado", pues el estado tiene capacidad privada de acuerdo al artículo 1º de la LGAP 15 de noviembre del 2004

“El notario cumple así una función preventiva, de profilaxis jurídica, y cuando está capacitado para cumplir su función y efectivamente la ejerce con plena conciencia de su trascendencia y sentido de responsabilidad, confirma cotidianamente la frase feliz de don Joaquín Costa: Notaría abierta, juzgado cerrado.”. CARNELLUTTI (1954) lo expresa de otra forma: “Cuanto más notario, menos juez; cuanto más consejo del notario, cuanta más cultura del notario, cuanta más conciencia del notario, tanta menos posibilidad de litis”.

#### **o. Sede voluntaria.**

El notario solamente actúa en sede voluntaria, ya sea que cartule o ejerza la competencia material que, aunque sustituye al juez, lo hace únicamente cuando las partes están de acuerdo (artículo 129 del Código Notarial y no hay menores ni personas en salvaguardia) pues, al aparecer la oposición, desaparece la competencia notarial (artículo 134 inciso b. Código Notarial). La función notarial es un poder-deber que otorga el Estado para la administración de la justicia cautelar, preventiva, y da relevancia a ciertos actos jurídicos, por medio de la fe pública, en sede de jurisdicción voluntaria no judicial. Esta función se realiza por medio del documento (elemento objetivo) que el notario autoriza (elemento subjetivo). También es justicia cautelar la celebración de capitulaciones matrimoniales, la constitución de patrimonio familiar, el matrimonio y a partir del 1 de octubre del 2024 en virtud de la entrada en vigencia de nuevo Código Procesal de Familia, podrán tramitar divorcios por mutuo consentimiento e inscribirlos directamente en el Registro Civil, sin necesidad de homologación judicial, pero solo en caso de que la pareja no tenga menores y no tengan bienes a su nombre.

El conflicto es extraño a la naturaleza de la función notarial. La competencia se puede determinar por exclusión o por inclusión. Las materias litigiosas, las que revisten potestades de imperio están excluidas de la competencia notarial. Están incluidas las materias

de los artículos 34 y 129 del Código Notarial. Hay que entender que esta competencia es “númerus clausus”, lo que no está permitido en el artículo 129 Código Notarial no lo puede hacer el notario, pues tratándose de transferencia de competencia de sede judicial a privada, ésta debe ser taxativa. Según MARTÍNEZ SEGOVIA quedan fuera de la competencia material de los notarios los siguientes actos: “1) Actos Administrativo o legislativo (interés de la comunidad); 2) acto judicial (interés jurídico de los individuos con voluntades divergentes); 3) tareas fiscales o tributarias (interés jurídico de la comunidad)”<sup>4</sup>.

La competencia material de los notarios costarricenses, según el mencionado artículo 129, comprende las sucesiones testamentarias y “ab intestado”, las adopciones, las delimitaciones de derechos indivisos, las informaciones “ad perpetuam”, las divisiones de cosas comunes, la distribución de precio, deslindes, amojonamientos y consignaciones de pago. “... el objeto material de la función notarial es el interés jurídico de los individuos: En el sector de las relaciones jurídicas voluntarias comprende los actos y negocios jurídicos patrimoniales de esos individuos; en el sector extrapatrimonial del derecho de familia, el matrimonio como acto constitutivo de estado; en el sector de los hechos jurídicos, el presenciamiento y la fijación de las manifestaciones unilaterales consideradas como hechos y, además, los hechos humanos involuntarios o los naturales, comprendiendo entre éstos los extrapatrimoniales del nacimiento y muerte del individuo. Ese objeto se extiende a los actos entre vivos o por causa de muerte” (MARTÍNEZ SEGOVIA, 1989). Entonces a la competencia expresa indicada habría que agregar los matrimonios, divorcios y separaciones judiciales por mutuo acuerdo. Estos últimos requieren homologación judicial cuando hay menores y bienes de por medio, pero ese es un trámite que busca, más bien, auditar la actuación del notario, aunque, ciertamente, la constitución la hace el juez y no el notario.

4 MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco. Op. Cit. Pág. 198.



Por lo anterior, el abogado se desenvuelve fundamentalmente en sede contenciosa, sin excluir la resolución alternativa de conflictos, y la posibilidad de recurrir supletoriamente a ésta (artículo 22 CÓDIGO DE MORAL), mientras el notario se desenvuelve solamente en sede voluntaria.

#### **p. Papel en los contratos.**

Una de las expresiones en las que mejor se manifiesta la diversa naturaleza de la función notarial y abogadil es en el papel que juega cada profesional en la formulación y asesoría contractual.

El notario está obligado a buscar el equilibrio entre contratantes (artículo 35 del Código Notarial); mientras el abogado, en las discusiones contractuales, está obligado a la exclusiva defensa de los intereses de su cliente (artículo 14 y 39 CÓDIGO DE MORAL), lo cual no incluye, desde luego, los medios ilegítimos (artículos 36-38-54-60-71 CÓDIGO DE MORAL) “El notario en su actuación, no ha de favorecer a una de las partes, a diferencia de otros profesionales del derecho que sí actúan salvaguardando sólo los intereses de sus clientes, como los abogados./// Muy por el contrario, es propio de su función y tiene el deber de asesorar a los contratantes con absoluta imparcialidad, y bregar dentro y conforme al ejercicio de su competencia, por una equitativa administración de derecho que le es posible ejercer a cada uno de los partícipes en un negocio jurídico” (PEISINO, 1998). Una de las funciones esenciales del notario es la asesoría jurídica, ésta ha de ofrecerse con imparcialidad, evitando que alguna parte obtenga ventajas indebidas. Esta asesoría forma parte del honorario, de modo que no se puede cobrar por aparte, excepto que los requirentes no hagan el negocio.

El abogado tiene patrocinado, sea en sede privada o en sede judicial. El notario no patrocina a nadie, pues, como se ha dicho, no es “notario de ...”, como sí es permisible llamar a alguien “abogado de ...”. Por eso

LARRUD (1966) considera que el notario es “...de las partes, y de ninguna en particular: preside las relaciones de los particulares y, su sitial equidista de los diversos interesados”.

La neutralidad del notario es activa, promotiva, configurativa, él no es un observador interesado de la voluntad de las partes. Las partes son las que van a asumir las consecuencias del negocio, sean éstas positivas o negativas, pero es el notario el autor responsable que instrumentalizará esas consecuencias. “Además el notario tiene función extremadamente importante en el campo de las relaciones legales entre los ciudadanos individuales. //// Mediante su actividad, configurada por el contrato, por un lado, y su estricta obligación de permanecer neutral por otro, el notariado facilita que se garantice la configuración de los contratos para los ciudadanos que acuden al Derecho de forma satisfactoria para las dos partes y que se formule y ejecute de tal modo que se tengan en cuenta los intereses de las dos partes” (OTT, 1998). Evidentemente se trata de intereses en algunos casos contrapuestos, la misión del notario es convertirlos en complementarios.

Estas diferencias operan en el momento en que se negocia un contrato. Tampoco debería permitir, el notario, que las partes simplemente lleguen con la minuta concluida, pues su deber de calificación lo obliga a realizar las prevenciones que considere oportunas en aras del equilibrio. Recordemos que el notario latino es responsable del contenido de las escrituras y no solo la firma de los contratantes, Así lo indican los Principios Deontológicos del Notariado Costarricense, ver el “29) Deber de modelación del acto notarial: por la naturaleza autorizante de su función, **el notario es responsable de la forma y contenido de los instrumentos**, por ello, debe asesorar a las partes para que sus voluntades se ajusten al bloque de juridicidad de modo que respondan a la equidad, lealtad y buena fe”<sup>5</sup> (subrayado propio).

<sup>5</sup> Aprobados por el Consejo Superior Notarial en sesión 002-2014 del 29 de enero del 2014

La imparcialidad alcanza a la asesoría. La autonomía privada y la libertad contractual priman sobre la configuración que el notario hace, pero el respeto a éstas tiene el límite de la autorización. Es decir, las partes deben operar a derecho, en su defecto, el notario, se excusará o simplemente denegará la autorización. Ciertamente el notario no es, normalmente, experto en temas económicos, constructivos o de naturaleza distinta a las materias jurídicas, por lo que en esas técnicas puede sugerir, pero no hacer de su opinión un elemento determinante. Sin embargo, debe pronunciarse sobre los presupuestos jurídicos de toda la negociación, este es un mínimo obligado.

Lo anterior significa que las partes eligen el consejo cuando eligen a un notario o a un abogado, pues en el primer caso los beneficiados serán los rogantes, en el otro ambos clientes.

#### **q. Prohibiciones e incompatibilidades.**

Con relación a las prohibiciones e incompatibilidades lo que interesa es verificar la relación que se puede establecer entre el régimen de prohibiciones e incompatibilidades de los notarios y de los abogados, orientadas a garantizar la imparcialidad de unos y la parcialidad de otros.

En razón del carácter imparcial del notariado y para garantizarlo, los notarios tienen un régimen de prohibiciones e incompatibilidades (artículo 7 del Código Notarial y conexos), del que carecen los abogados. Las prohibiciones e incompatibilidades están diseñadas para proteger la imparcialidad, en consecuencia, no alcanzan a los abogados.

“En la mayoría de los países que siguen el sistema de notariado latino —Argentina, México, España, etc.— este problema no se presenta porque no se permite el ejercicio de ambas profesiones concurrentemente; el profesional o es abogado o notario, nunca podrá ser ambos. Es claro que en Costa Rica se presenta en estos casos, un problema ético,

porque muchas veces el profesional actúa como abogado —parcial— en actos notariales en donde debe ser imparcial” (SANDÍ BALTODANO, 2002). En el sistema costarricense, una de las causas de los problemas deontológicos, es la doble condición que suelen tener los notarios, que son abogados a la vez.

¿Qué es una incompatibilidad? Las incompatibilidades, impedimentos y prohibiciones son cautelas para la imparcialidad. “... la incompatibilidad es una regulación o tacha legal para ejercer una determinada función o cargo; mientras que la prohibición es una medida tendente a impedir el ejercicio de ciertos actos o actividades con finalidades diversas, como evitar un posible conflicto de intereses, favorecer la imparcialidad y la objetividad” (GARRIDO MELERO, 2004). Hay quienes han caracterizado al notario como un testigo profesional, lo cual no es del todo exacto, pero para efecto de este análisis, podrían atribuirse las cautelas que se aplican a los testigos instrumentales, peritos e intérpretes, que suelen ser las mismas para un conjunto de funcionarios públicos.

Como la función del notario es pública, aunque él no sea funcionario público, lo alcanzan ciertas incompatibilidades de éste como los impedimentos para que un funcionario público pueda ejercer más de dos cargos simultáneamente. No se relacionan con el agente, sino con la función, porque ponen en peligro la imparcialidad. No se trata de dudar de la imparcialidad del notario, sino de no ponerlo en situación que favorezca la parcialidad o hagan dudar de la imparcialidad.

No se habla solamente de funciones incompatibles también de “actividades incompatibles”. Estar vinculado a una cierta situación o realizar una determinada actividad, son incompatibles con el ejercicio del notariado. Por ejemplo, el pertenecer a una organización (persona jurídica) lo inhibe de actuar notarialmente en ella, por tener un interés directo. Tener un pariente en ciertos puestos, lo convierte en interesado (ver 7 inciso c.

Código Notarial). Este inciso enumera la lista de parientes a los que no puede autorizar actos o contratos. También menciona que, si esos parientes son directores, gerentes, administradores o representantes legales de la empresa, no puede darse la intervención notarial. Aunque el artículo 7 inciso c. Código Notarial no menciona expresamente que un notario está inhibido de actuar si tiene un pariente socio en una empresa, habría que entender que sí existe una convergencia de intereses que hace incompatible la actuación.

Los notarios latinos suelen tener, también, ciertas incompatibilidades vinculadas con el hecho de que el notario debe dedicarse solamente al notariado. En tesis de principio un notario no puede ser funcionario público (artículo 4 inciso f. Código Notarial). Esto no tiene que ver con el hecho de que tenga o no dedicación exclusiva, la ley no hace esa referencia. Tiene que ver, más bien, con lo que FRESE (1998) llama “dedicación adecuada” porque se relaciona con la imparcialidad, lo que comporta un interés público. Interesa la imparcialidad y no la eficiencia, ésta puede ser un problema vinculado a la cantidad de notarios existente. El problema de la eficiencia, el problema ético, no se resuelve con incompatibilidades. Es decir, aquí no se trata de si hay superposición horaria, pues ese es un tema que no está vinculado a la función notarial (Cfr. 32 Código Notarial), o de si el ser simultáneamente notario y funcionario público lo hace más o menos eficiente. El problema es el conflicto de intereses que puede surgir y que pone en dudoso predicado la imparcialidad.

Un abogado se puede representar a sí mismo o a sus parientes, o ser abogado de sus empresas o laborar en aquellas donde sus parientes sean administradores, sin embargo, un notario está inhibido de hacerlo. Un notario no puede cartular donde sea parte o tenga interés él, su cónyuge, conviviente, ascendientes, descendientes, hermanos, tíos, sobrinos por consanguinidad o afinidad, o cuando alguno de estos parientes sea director, gerente, administrador o representan-

te legal de la persona jurídica en nombre de la cual, el personero comparece (artículo 7 inciso c. Código Notarial). Curiosamente la ley no excluyó dentro de la prohibición, a los parientes accionistas de las empresas. Precisamente por estas prohibiciones es que un profesional en derecho no puede ser simultáneamente abogado y notario en un mismo proceso. Así, por ejemplo, en tesis de principio, un abogado no puede utilizar como prueba un instrumento que emitió como notario, pues como abogado ha actuado en interés de su cliente, lo que es compatible con la naturaleza parcial de la abogacía e imparcial del notario<sup>6</sup>.

Una tesis interesante la encontramos en el artículo 139 del Reglamento Notarial español: “Los notarios no podrán autorizar escrituras en que se consignent derechos a su favor, pero sí en las que sólo contraigan obligaciones o extingan o pospongan aquellos derechos, con la antefirma “por mí y ante mí”. /// En tal sentido, los notarios podrán autorizar su propio testamento, poderes de todas clases, cancelación y extinción de obligaciones. De igual modo podrán autorizar o intervenir en los actos o contratos en que sea parte su esposa o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, siempre que reúnan idénticas circunstancias” (GARRIDO MELERO, 2004). En Costa Rica no existen pronunciamientos previos sobre esta materia, porque siempre se ha entendido que en todos los casos donde el notario sea parte debe abstenerse, sin considerar el concepto mismo de “interés”. No obstante, según algunas posiciones doctrinales no aplicables al caso costarricense, hay una serie de actos, en los que el notario es parte y en los que eventualmente podría configurarse su actuación como presuntamente verdadera. Por ejemplo, el reconocimiento de un hijo en su propio protocolo, la cancelación de obligaciones del notario para con terce-

---

<sup>6</sup> “En la mayoría de los países de notariado latino, el ejercicio de la notaría es incompatible con la abogacía, salvo casos de defensa personal; por excepción, algunos países de Centroamérica las compatibilizan dentro de ciertas restricciones” (GATTARI, Carlos Nicolás. Op. Cit. Págs. 1-2)



ros (GARRIDO no señala esta última condición); la adquisición de obligaciones propias; su propio testamento, por tratarse de manifestación de última voluntad, siempre que se haga con las formalidades civiles. Actos que desde luego no deben ser simulados, porque en todo caso, la simulación admite acción "pauliana" cuando haya sido hecha por el notario, por sí o a favor de un tercero. Ninguno de los actos enunciados es permitido en Costa Rica, aquí el notario no puede ser parte del todo en su propio protocolo. Este tipo de razonamientos no tiene cabida cuando se trata de abogados que pueden trabajar en beneficio de sus propios intereses.

Por otra parte, siempre han existido presiones sobre el notario para que abandone la imparcialidad, para doblegar su moral. "Piénsese en los grandes capitales —dice ARMELLA (s.f.)—, en la contratación privada, en la desigualdad cada vez mayor entre las partes del negocio jurídico, compañías multinacionales, etc. Que tratan de fijar sus pautas, muchas veces imperialistas en la contratación. Ante ello la figura del notario debe mantenerse incólume, y siempre atender a la igualdad de las partes y a que ésta se realice en el plano de la equidad. Por ello las leyes establecieron la prohibición e incompatibilidades de actuar en casos de parentesco, de interés propio, etc., en el negocio; limitando la parcialidad". Es legítima la presunción de que ciertas relaciones enturbian la función. Amor y odio han sido históricamente causas de abstención en diversas funciones públicas. Tanto jueces, funcionarios públicos como árbitros, deben abstenerse de participar en asuntos que se consideran de su interés, en razón del parentesco o de ciertos vínculos comerciales o jurídicos, véanse por ejemplo el artículo 49 del Código Procesal Civil y los artículos 230 a 238 la Ley General de la Administración Pública.

Las incompatibilidades pueden ser previas o sobrevinidas, así los impedimentos establecidos en el artículo 4 Código Notarial enervan la licencia y pueden hacer que se pierda cuando estos impedimentos sobrevienen

a la licencia, en realidad son causales de inhabilitación. También pueden ser relativas (a ciertos parientes, verbigracia) o absolutas (el ser funcionario público). Pueden ser definitivas (locura permanente) o temporales (cierto nombramiento a plazo). En el sistema costarricense solo interesa que la incompatibilidad exista en el momento del acto y con respecto a la relación enervante: "Las incompatibilidades e inhibiciones que obstan para el ejercicio profesional tienen como gran fundamento el mantener la imparcialidad del notario, asegurando su independencia frente a todo tipo de sentimiento o interés en juego que pueda desviarlo del principio que la ley pretende mantener de todas maneras./// Las incompatibilidades son impedimentos de carácter legal que la ley exige a efectos de mantener la independencia del notario en el ejercicio profesional./// Todas estas incompatibilidades impiden recibir la investidura, o la hacen perder, mientras ellas subsistan" (PÉREZ MONTERO, 1981). Por tratarse de materia odiosa, debe ser taxativa<sup>7</sup>. No podrían establecerse incompatibilidades, impedimentos, prohibiciones por analogía, ni por la integración o interpretación de las normas existentes. Por tratarse de materia odiosa debe ser taxativa y literal. En el país aparecen diluidas las incompatibilidades, prohibiciones, impedimentos en el artículo 4 inciso f, 5 y 7 incisos a, b, c, e y 8, todos del Código Notarial. Diluida no significa tácita.

#### **r. Rogantes, otorgantes, comparecientes, no clientes.**

La correcta denominación de las personas que utilizan los servicios de ambos profesionales tiene efectos diferenciadores.

Los notarios tienen rogantes, comparecientes, otorgantes, usuarios. Los abogados tienen clientes o patrocinados. Ambos tienen partes. Cuando se trata de un notario, éste tiene partes, el abogado, tiene parte y otro

<sup>7</sup> En la entrevista realizada a Jaime Weisleder el 24 de noviembre del 2004 se le preguntó: ¿Podría decirse que podría hacer todo lo que no le está prohibido? A lo que contestó: "Yo diría que sí"

abogado, contraparte. En la función notarial no hay contrapartes.

Por eso no es técnicamente correcta la definición que establece el artículo 2 inciso g. del Decreto de Honorarios "Cliente: Persona física o jurídica que solicite o se beneficie con los servicios profesionales de Abogacía", puesto que dicho Decreto abraza a abogados y notarios.

El abogado patrocina, toma bajo su cuidado, defiende en causa contenciosa. El notario otorga un servicio público por el que es requerido. "La función típica del abogado es el postulare, es el patrocinio procesal; consiste en defender procesalmente los intereses de su cliente ante una situación preconstituida dada. Se trata (...) de hacer prevalecer, por los medios y formas legales, el interés de su patrocinado sobre el interés del contrario; el abogado no, ni tiene que ser, imparcial, porque, (...) el abogado no es más que la pieza aislada de un sistema que funciona, por definición, a base del sistema de contraposición" (RODRÍGUEZ ADRADOS, 1981) .El servicio público notarial es un proceso que está, en su totalidad, a cargo personal del notario, pues, con el requerimiento el notario inicia el servicio y él, y sólo él debe concluirlo con la inscripción. Por el contrario, en el ejercicio de la abogacía siempre habrá una parcialidad procesal a favor de su cliente y en oposición a la contraparte. En el notariado no hay contraparte.

Aunque en la doctrina se habla a veces de los clientes de los notarios, se alude a los usuarios de los servicios. Generalmente los autores aluden a los clientes de los notarios precisamente cuando no están discutiendo sobre el tema de la relación rogante/notario, por una laxitud doctrinaria. Existe la concepción general, recogida por el Directorio de la Real Academia de que cliente es la persona que utiliza los servicios de un profesional, sea cual sea, sin especificar. También se llama cliente al usuario frecuente de un negocio. Pero eso no es técnicamente correcto, pues tratándose de un servicio público, como lo

es el notariado, uno no es cliente del Inspector de Tránsito que lo va a multar ni el funcionario que me va a autorizar un permiso.

Pero cuando se trata de una función pública, además, el término no es adecuado por la connotación mercantil que tiene. Sería muy extraño hablar de clientes referidos a los alumnos de un colegio público o a los pacientes del Seguro Social. Los jueces no tienen clientes ni patrocinados.

En la función pública no se utiliza esa categoría, por lo que conviene precisar el término, aunque, la doctrina ha dedicado poco espacio al tema, y más bien de una manera despreocupada, ha utilizado el término cliente con harta frecuencia, sin que se haya preocupado mucho por precisarlo. No obstante, una de las voces más autorizadas en el notariado latino: ARMELLA (s.f.) indica: "Este principio es el que veda hablar de clientes, con respecto al escribano, y obligarnos a la terminología de requirentes y es la más tajante diferencia que distingue esta profesión con la del abogado, cuya función es precisamente abogar por su cliente; pudiendo y debiendo ser parcial ante el requerimiento".

Los notarios tienen rogantes, otorgantes, partes o comparecientes (artículo 39 Código Notarial), mientras que los abogados tienen clientes o patrocinados (Capítulo IV CÓDIGO DE MORAL). "... no queremos utilizar deliberadamente la palabra clientes para eliminar la connotación que tiene dicho término en relación con el abogado, que responde a la defensa de los intereses de sus clientes; de este modo reafirmamos el deber del notario de no tomar bandos ni responder a los intereses de persona alguna" (URRUTIA de BASORA)<sup>8</sup>

Ni en el Código Notarial aparece la categoría "cliente" o "patrocinado", ni el Código de Moral aparecen las categorías de rogantes, otorgantes, comparecientes. Ambos cuerpos normativos utilizan la categoría "parte".

8 URRUTIA de BASORA, Cándida Rosa. Op. Cit., Pág. 2

El término parte es un poco más neutro, pues puede tratarse de la parte actora o demandada en un proceso contencioso, o puede tratarse de alguno de los rogantes.

Llamar cliente al usuario frecuente de un notario significa desnaturalizar su función, pues deontológicamente está obligado a velar por el interés público que representa y no por el interés del otorgante frecuente. Aunque en ocasiones empiece a parecerse a un cliente, y lo que es peor, a un patrono. Si se estableciera la relación notario-cliente-patrono la independencia correría peligro. El problema de estas ambivalencias se presenta cuando los abogados de las empresas o de personas físicas le dan servicios abogadiles y notariales a las mismas.

El abogado sí puede llamar cliente al usuario de sus servicios, sea frecuente o no, y sí puede tener patrono.

### **s. El notario actúa con ambas partes.**

Esto significa que el notario necesariamente actúa con ambas partes, debe asesorarlas por igual, salvo en los actos unilaterales, como actas notariales, los testamentos o declaraciones juradas.

Por el contrario, el abogado no puede actuar con ambas partes, ni siquiera puede dirigirse a la contraparte, pues solo puede establecer un canal de comunicación con el abogado de la contraparte (artículo 69 Código de Moral).

“Conotariado”. Lo que pareciera un contrasentido del sistema notarial costarricense, es la figura del “conotariado” (es una particularidad, pues la figura no existe en otros países), porque siendo el notariado una actividad que debe ser imparcial, en nombre del Estado, los “conotarios”, que a su vez fueron abogados de distintas partes durante las tratativas preliminares, actúan conjuntamente en representación de sus partes (clientes de su condición de abogados). Esta pareciera una fórmula muy “a la tica” que trata de

conciliar la imparcialidad con la parcialidad, o lo que es lo mismo, que trata de neutralizar la desconfianza que se le puede generar a los clientes cuando es uno de los notarios el que hace la escritura, un ejemplo nos lo puede aclarar: en un divorcio por mutuo consentimiento, por lo regular las partes desconfían entre sí, y delegan en sus abogados las tratativas preliminares del divorcio, al momento de suscribir el convenio no se sentirán bien si se realiza en el protocolo de uno de los profesionales que atendió la negociación, y se sentirán más tranquilos si connotarían la escritura de divorcio. Es posible que esta figura se inscriba dentro del espíritu de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos (aunque es anterior), en el sentido de que abogados contrapuestos llegan a un acuerdo en representación de sus partes, y para plasmar el acuerdo, la mejor garantía de imparcialidad está en el hecho de que ellos mismos tutelan la escritura en que se plasmará el acuerdo, estableciendo así un control cruzado. No tendría sentido que dos contrapartes, que han llegado a un acuerdo extrajudicial, tengan que buscar a un notario que no ha intervenido en el proceso, para que dé fe pública del acuerdo.

Mientras en el notariado la exigencia es la imparcialidad, en la abogacía es la parcialidad. Imparcialidad significa todas las partes, parcialidad significa atención y audiencia a solo una parte.

El abogado es el jurista que conoce el caso cuando una relación jurídica, de la materia que fuere, sufre o va a sufrir una lesión y lo conoce en forma parcial, esto es, a través de la versión de una sola de las partes, que es la que tendrá que asesorar y defender (el abogado tiene el deber de proteger a una de las partes y éticamente está obligado a realizar todo cuanto pueda hacer por su cliente; puede aprovecharse de las deficiencias de la otra parte, porque no está obligado a protegerla; su deber fundamental es defender a su cliente); por lo tanto, en principio, no resulta posible identificar al valor de la imparcialidad con la actuación del abogado incluso,

podría afirmarse, que este valor es incompatible con su actividad, puesto que debe conducir sus actos y orientar sus argumentos en un solo sentido, el de su cliente y deberá presentar los hechos, si bien con absoluta objetividad, también con argumentos contundentes que orillen al juez a resolver a favor de su cliente (FIGUEROA MÁRQUEZ, 2004).

El notario debe oír a ambas partes, o a todas las partes, y satisfacer el interés de todos para poder cartular; el abogado solo se interesará por su parte.

#### **f. Naturaleza autorizativa y legitimadora.**

Por su naturaleza ambas funciones tienen otra expresión: mientras el notariado tiene **naturaleza autoritativa<sup>9</sup> y legitimadora** (incisos c-e- del artículo 34 Código Notarial), es decir, el notario no es un reflejo pasivo de la voluntad de los otorgantes<sup>10</sup>, ni un simple dador de forma, ni un simple autenticador de firmas como el notario sajón, sino que es responsable tanto de la forma como del fondo, es contralor de legalidad del acto, por lo que lo autoriza y legitima o lo deniega.

Cuando se refiere a la naturaleza de la función notarial el magistrado González sostenía que su función “Es autorizativa. Tiene potestad para autorizar el acto. Yo estoy ejerciendo frente a los privados el ejercicio de una potestad que un común no tiene”<sup>11</sup>.

Si fuera un simple testigo, sería un tercero ob-

<sup>9</sup> “AUTORIZACIÓN: Es el acto mediante el cual el escribano, con su firma autenticante, asume la paternidad del instrumento para constituir fehacientemente hechos y dichos de las partes, los suyos propios y el instrumento” (GATTARI, Carlos Nicolás. Op. Cit. Pág. 19) Ver el artículo 7 incisos c. y d. del CN.

<sup>10</sup> Voto # 130-2001, TRIBUNAL DE NOTARIADO .San José, a las diez horas diez minutos del veintitrés de agosto del dos mil uno. “El notario público –reiteradamente se ha dicho– no es un simple intermediario para autorizar libremente cualquier acto, ante la simple solicitud de los interesados, sino que debe calificar si el mismo es moldeable y ejecutable legítimamente y, abstenerse de hacerlo, en forma absoluta, respecto de aquellos actos o negocios que sean contrarios a las normas prohibitivas, porque de lo contrario, incumple su deber fundamental de observar y de defender las disposiciones legales vigentes”

<sup>11</sup> Entrevista al Doctor Oscar González, Magistrado de la Sala Primera, realizada el 1° de diciembre del 2004.

servador, pero es algo más, da fe, pero a la vez emite un acto de voluntad: la autorización. “Es evidente que el Escribano no es parte ni tercero con relación al documento que autoriza. Es mucho más que ello: es el funcionario autorizante, aquél que da valor al documento como instrumento público y permite al mismo atribuirle fe pública, con lo que está estableciendo pruebas calificadas en relación a la persona y al acto, que exceden la naturaleza del mismo” (LAMBER, 1996). En nombre del Estado vuelve auténtico el acto y lo hace producir efectos jurídicos.

Mientras el notario asume la paternidad (o maternidad) del documento, pues es su autor y responsable; el abogado, aunque redacta el documento, no aparece como responsable ante terceros, sino el cliente que lo firma. Así, por ejemplo, si el instrumento autorizado contuviera un delito contra el honor, el notario sería responsable de él, lo único que habría que determinar es su grado de participación. El abogado también es responsable del contenido del documento que autentica según indica el artículo 20 inciso 2 del Código Procesal Civil. Por eso ya no se permite las antiguas siglas “u.p.l.p.” (únicamente para la presentación) que era cuando un abogado quería dar a entender que solo se responsabilizaba de la autenticidad de la firma, pero no del contenido del documento.

La abogacía no tiene esta naturaleza, pues el abogado puede tratar de legitimar o delegitar actos, según convenga a los intereses de su cliente (25 Código de Moral), y el abogado es autorizado, pero no autoriza; el abogado es mandatario, no así el notario que tiene rango de funcionario (artículo 1 Código Notarial), el primero por actuar en nombre del Estado, el segundo por actuar en nombre de su cliente.

#### **u. El notario cartula, no aboga.**

El notario cartula (del latín Chartularium: escritura pública), ejerce la escribanía en nombre del Estado, se ubica en una posición equidistante entre los otorgantes, e incurre



en una falta sancionable cuando actúa parcialmente.

El notario es un “fedante público, “... Lo sustancial del notariado, del ejercicio funcional, del derecho— deber de dar fe, que le insufla al acto así autorizado su valor probatorio erga omnes” (ARMELLA, 1998). De esta forma le corresponde “La autorización de la escritura (que) es el acto de autoridad del notario que convierte al documento en auténtico, quien ejerce sus facultades como fedatario público, da eficacia jurídica al acto de que se trate, permite en el caso de un hecho, que las circunstancias asentadas produzcan los efectos de prueba plena” (MÁRQUEZ GONZÁLEZ, 1998).

Por su parte el abogado aboga a favor de una parte (del latín *advocare*: defender en juicio), pide, vela por el interés de una de las partes, actúa en nombre de su patrocinado. La doctrina nacional se ha referido a este tema, Mora expresó en la Comisión de Asuntos Jurídicos, Subcomisión N° 6, el 14 de octubre de 1996: “... desde el principio conversamos en el sentido de que uno de los elementos éticos del abogado es defender a su cliente dentro de los márgenes que indica la ley. La ética del notario radica en la objetividad e imparcialidad, en no inclinar la balanza por uno u otro lado”<sup>12</sup>.

La función notarial es imparcial, la abogadil parcial “El abogado no puede ni debe ser imparcial, toda su imaginación y creatividad la tiene que enfocar a favor de la causa de su cliente y en contra de la otra parte. Tiene que ser eficaz técnica y jurídicamente, su función es conseguir una sentencia favorable para su cliente y condenatoria para su contraparte. No así el notario, que tiene obligación de ser asesor y proteger los intereses de los que concurren ante su presencia, debe redactar el contrato con la imparcialidad que el litigante no le es posible” (FIGUEROA MÁRQUEZ, 2004).

El notario no patrocina a nadie, no aboga por nadie, gestiona inscripciones en los registros, pero carece de funciones de representación ante los tribunales, por el carácter público de su función, por autorizar negocios privados en nombre del Estado. La fe pública del abogado se limita a autenticar las firmas de sus clientes (artículo 83 inciso b. Código de Moral, y 10 inciso 4. Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas), pero debe recurrir a otros profesionales notarios para conseguir documentos que utilizará como abogado. Tampoco, en su función abogadil, los puede emitir para que los utilicen otros abogados.

No corresponde al abogado cartular, ni al notario abogar.

#### **v. Función rogada:**

Esta función determina otra diferencia que genera implicaciones deontológicas. El notariado está caracterizado por ser una función rogada, es decir, la función del notario comienza con la rogación del servicio, como la del juez, pues, el notario solamente puede actuar a petición de parte y no oficiosamente (artículos 6 y 36 Código Notarial). La rogación puede definirse así: “La rogación, como principio notarial, indica que no existe actividad del notario sin requerimiento de un sujeto de derecho, a quien se entiende como parte, interesado, rogante, requirente, otorgante, compareciente, etc. (...) rogación es el acto jurídico por el cual se solicita al notario la prestación de su ministerio” (PELSINO, 1998). La rogación es un requerimiento y, por eso quien solicita el servicio recibe el nombre de rogante, y tiene el deber de requerir para obtener el servicio. Como hay ciertos actos para los cuales es necesario el notario “... el notario está forzado a cumplir la rogación, pero el requirente está obligado a rogar a un notario” (GATTARI, 1997). No es para el notario optativo dar el servicio, es obligatorio por tratarse de una función pública, mientras que para el abogado es optativo dar el servicio.

<sup>12</sup> Expediente Legislativo N° 7764 # 4/11, folio 1239



La obligatoriedad del notario de prestar un servicio no deriva del supuesto carácter de funcionario público que algunos le atribuyen, sino, más bien, del interés público que representa su función "... motivo que exige del notario su actuación en defensa del interés jurídico de los particulares que requieren su servicio y que verían desprotegidos sus derechos, si el notario se negara a actuar" (ARMELLA, 1998). Desde luego que este principio reconoce causas justas de excusa, previstas en los artículos 36 y 6 del Código Notarial.

La oficiosidad atentaría contra la imparcialidad. Es la persona que necesita seguridad jurídica en sus negocios la que debe solicitar el servicio. De acuerdo con el principio de rogación el notario público solo "... puede actuar cuando las partes solicitan al notario que intervenga y no se puede hacer de oficio. Esto viene directamente relacionado con la imparcialidad que debe tener el notario, ya que, a diferencia del abogado, este tiene usuarios y no clientes debido a que (...) desempeña una función pública, de ahí la obligación de éste de lograr que el acto o contrato que se realice sea lo más conveniente para cada una de las partes intervinientes en el negocio jurídico" (CALVO MASSÍ, 2003) (el subrayado no es original).

Lo anterior significa, además, que está obligado a actuar, es decir, que la petición convierte el servicio en un deber. La obligatoriedad "... no sólo deriva de su función sino de la misma esencia del notario como profesional imparcial. Al profesional que se precisa imparcial, sólo cabe exigirle una competencia moderada, no limitada" (ROMERO HERRERO, 1998). Por eso debe motivar la negativa y una negativa infundada podría generarle responsabilidad civil.

La Dirección Nacional de Notariado ha determinado el carácter rogado de la función en su Lineamiento número "15. Rogación. El servicio que brinda el notario al usuario está cimentado en el principio de rogación, de manera que el notario público no podrá llevar a cabo actos que vulneren dicho princi-

pio, y su arraigo a una oficina abierta para brindar ese servicio, consolida el hecho de que, en materia notarial, no existe intermediación alguna y éste sólo podrá excusarse por las razones establecidas por ley"<sup>13</sup>.

Al ser una función pública el servicio no puede depender del talante del notario: "El ejercicio de la profesión notarial requiere pues, la disponibilidad del Notario respecto de los que puedan requerir su actuación, disponibilidad que no es una facultad del Notario, sino una obligación" (GARRIDO CERDA, 1995). La obligación de brindar el servicio está directamente vinculada con la obligación de tener oficina abierta al público. La disponibilidad, entonces, es material y de disposición de ánimo. Sería ajeno a la función pública que el servicio dependiera del servidor. Sería tan extraño como que un juez deniegue su servicio, una vez requerido legalmente (artículo 5 Ley Orgánica del Poder Judicial).

Una vez requerido, tanto el juez como el notario, deben actuar de oficio<sup>14</sup>, diligentemente. "La intervención del notario se efectúa a solicitud de la parte interesada. Así su actuación es producto de un acto rogado y nunca es de oficio. Sin embargo, por ser un servicio público y porque así lo dispone la ley es obligatoria. Por lo tanto, solo puede excusarse o abstenerse de intervenir cuando: no pueda actuar con imparcialidad; exista incompatibilidad con su profesión" (PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, 1993); salvo, desde luego, que los asistan motivos de excusa, que se explicarán en el ítem siguiente.

La función abogadil no es rogada, pues el abogado puede actuar tanto a petición de parte como de oficio. No tiene la obligación de aceptar ningún caso, no tiene la obligación de mantenerse en ningún caso; de ahí

13 LINEAMIENTOS GENERALES PARA LA PRESTACIÓN Y CONTROL DEL EJERCICIO Y SERVICIO NOTARIAL Dirección Nacional de Notariado San José a las dieciséis horas veinte minutos del seis de julio del dos mil cinco.

14 "La obligatoriedad del servicio notarial no es pasiva, todo lo contrario, tiene que traducirse en una gran eficacia legal, jurídica y moral en todos los frentes de la actividad fedataria" (ORTIZ RIVAS, Hernán. Op. cit. Pág. 60)

que existen reglas para renunciar (artículo 46 CÓDIGO DE MORAL). Tampoco tiene obligación de tener oficina abierta al público por que no está disponible, la suya es una función privada, y por eso no tiene obligación de motivar su negativa.

#### **w. Motiva negativa.**

Por tratarse de una función pública un notario debe motivar su negativa a brindar un servicio y solamente se le admiten excusas cuando, bajo su responsabilidad, considere que la actuación que se le solicita es ilegítima (es contralor de legalidad), ineficaz o inmoral (artículos 6 y 36 Código Notarial)<sup>15</sup>, tan es así que podría incurrir en responsabilidades civiles si se excusa injustificadamente de brindar un servicio y provoca un daño.

Desde luego que las excusas admisibles deben estar previstas en la ley, deben ser taxativas. En el caso costarricense, se hace una enumeración en los artículos 6 y 36 del Código Notarial. Además artículo 12 del Código Procesal Civil y los artículos 230 a 238 la Ley General de la Administración Pública, en el entendido de que los envuelven los motivos de impedimento, excusa y recusación que si bien son propios de los funcionarios públicos por analogía le serían aplicables al notario "... el servicio notarial es obligatorio, una vez requerido el funcionario notarial para que preste su ministerio, no puede negarse a hacerlo, sino en los casos expresamente previstos en la ley" (ORTIZ RIVAS, 1993) . El principio de taxatividad que informa esta materia se deriva del carácter público de la función.

Aparte de las causas morales o legales que pueda invocar el notario para excusarse del

<sup>15</sup> Igualmente el notario debe analizar los fines de las sociedades, y en aquellos casos en cuales sospecha fines ilícitos en las sociedades que se le solicita constituir, tiene el deber moral de investigarlas para no quebrantar los deberes que le imponen los artículos 6, 7 inciso d y 36 del Código Notarial. Igualmente, no es éticamente correcto la autorización de contratos en daño ilegítimo a terceros. El notario debe tener la habilidad para advertir el estado de ánimo de los rogantes y si percibe animus nocendi, debe aconsejar mejores soluciones o excusarse en caso de que la conducta requerida riña con la moral.

deber de prestar el servicio, hay otras que la doctrina acepta como son las "... causas personales del notario, como serían motivos de salud, de excesos de trabajo, y causas materiales; es decir, razones ajenas al notario, que le impiden brindar la asistencia profesional, como por ejemplo la imposibilidad de dar el servicio que se le solicita, o bien, cuando el fedatario considere que, ya sea a través de su actuación, o por la voluntad de las partes manifestada en el momento de la rogatio que se busca perfeccionar en un acto jurídico válido y eficaz, se desnaturalizaría la función notarial" (OVIEDO SÁNCHEZ, 2003). Habría que agregar genéricamente el caso fortuito, la fuerza mayor y el requerimiento de servicios gratuitos.

La negativa no necesariamente debe ser expresa, puede ser tácita, y una de sus formas es la carencia oficina abierta al público, o un horario razonablemente disponible. "La obligatoriedad del servicio la impone la ley, por su naturaleza pública y oficial, la justicia fedataria no es facultativa ni tiene un horario discrecional. La inasistencia del funcionario notarial al despacho constituye falta disciplinaria sancionable ejemplarmente" (ORTIZ RIVAS, 1993). El notario solamente puede inscribir una oficina como asiento fedatario<sup>16</sup>, que debe tener la posibilidad de estar permanentemente abierta al público en un horario razonable debidamente publicado mediante rótulo. No obstante, como el notario tiene competencia en todo el territorio nacional (artículo 32 Código Notarial), en nuestro país es admisible una notaría por días, como suelen hacer algunos notarios que tienen oficina en San José donde laboran dos o tres días por semana, y otra en la zona rural donde prestan sus servicios dos o tres días por semana, pero esa situación debe ser anunciada en un rótulo. De acuerdo con el artículo 4 inciso b. del Código Notarial el notario que no cumple con el deber de tener oficina abierta al público, puede ser inhabilitado, precisamente porque se considera una ne-

<sup>16</sup> Ver artículo 71 de los Lineamientos: Resolución de la DNN de las 16:20 horas del 6 de julio del 2005

gativa de brindar servicio. El artículo 16 de los Lineamientos de la Dirección Nacional de Notariado establece que "Horario. El horario para brindar el servicio notarial lo define el usuario y en los casos que por su naturaleza requieran determinada hora, el notario la establecerá en convenio con las partes. Al ser todos los días y horas hábiles para el ejercicio del notariado, el servicio que resulta de ese ejercicio consolida un acto potestativo del usuario, y correlativamente, una disposición continua por parte del notario público. Por esa razón, el notario no puede adquirir compromisos que vayan en detrimento de la imparcialidad e independencia que identifica la fe pública depositada."<sup>17</sup>. En consecuencia, un problema horario podría convertirse, en la práctica, en una negativa a otorgar el servicio.

Por el contrario, el abogado puede actuar oficiosamente (siempre que esté legitimado) o a petición de parte (artículo 37 del CÓDIGO DE MORAL), pero, en ningún caso está obligado a actuar, mientras no acepte el encargo, pues tiene absoluta libertad de aceptación de los casos, pues su función constituye competencia privada. Esto se expresa en el hecho de que los abogados no están obligados a motivar su negativa (artículo 37 CÓDIGO DE MORAL), salvo, desde luego, que el nombramiento sea de oficio (fiscal, defensor público o abogado de planta), en cuyo caso podrán excusarse cuando tengan que sostener tesis contrarias a sus convicciones. El abogado tiene garantizada su plena libertad de aceptación del cargo, el notario no. Al notario le está permitida la excusa moral (artículo 6 Código Notarial), pero esta excusa también tiene sus límites. Así, por ejemplo, un notario católico no estaría obligado a oficiar un matrimonio civil o un divorcio, ¿pero si se le requiere para un testamento? ¿Habría excusa moral admisible?

#### **x. No por salario.**

17 LINEAMIENTOS GENERALES PARA LA PRESTACIÓN Y CONTROL DEL EJERCICIO Y SERVICIO NOTARIAL Dirección Nacional de Notariado San José a las dieciséis horas veinte minutos del seis de julio del dos mil cinco.

Para salvaguardar su independencia e imparcialidad, la norma es que no puede arrendar sus servicios por salario o remuneración fija, hipótesis ésta última en la que la Sala Constitucional ha venido cediendo<sup>18</sup> y, en consecuencia, desmejorando deontológicamente el notariado costarricense.

Bardallo citado por Ortiz Rivas señala que "... nada quebranta más el principio de imparcialidad que la dependencia económica; nada atenta más contra la libertad del escribano para cumplir estrictamente su ministerio, que la subordinación al pagador del salario" (ORTIZ RIVAS, 1993). No puede ser imparcial quien está sometido a una dependencia de poder, a una subordinación jurídica como la que se da en la relación laboral.

Por eso, en principio, no puede ser funcionario público, salvo los notarios del Estado, los notarios consulares, los docentes, funcionarios judiciales con menos de tres meses de nombramiento y los funcionarios de confianza o interinos, no adscritos al Servicio Civil (artículo 5 Código Notarial). Hipótesis esta última en la que también la Sala Constitucional ha venido cediendo espacios en detrimento de la independencia e imparcialidad del notariado costarricense.

Estos límites no los tiene el abogado cuya función no exige el mismo nivel de independencia funcional. Tanto es así que el mismo Código de Moral prevé la posibilidad del nombramiento de oficio, en el que se pierde, en cierto grado el principio de libre aceptación (artículo 37 Código de Moral), y se permite que un abogado pueda ser contratado por salario y ser funcionario público o privado (artículo 7 Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas, 27 y 80 del Código de Moral).

Estas diferencias están recogidas en la Directriz 002-99 de la Dirección Nacional de Nota-

18 Ver por ejemplo Res: 05417 - 2003, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas con cuarenta y ocho minutos del veinticinco de junio del dos mil tres.-

riado que establece: "... la función la ejerce el notario público (...) cumpliendo los requisitos esenciales que califican su autonomía y objetividad: 1.-.... 2.... 3.... 4.... 5.. 6.- cobro de honorarios según el arancel respectivo. Este aspecto lo desarrolla la Dirección Nacional de Notariado en sus Lineamientos Artículo 21. que pone dentro de las Condiciones para el ejercicio del servicio notarial. Para brindar ese servicio la ley exige al notario público: "c) El servicio se paga por honorarios según el arancel respectivo, con excepción de los notarios consulares y aquellos en régimen de empleo público autorizados por la D.N.N. según criterio de la Sala Constitucional, que brindan ese servicio únicamente para la institución para la cual laboran, sin pago de honorarios, solamente mediante salario"<sup>19</sup>.

Nada vulnera más la imparcialidad e independencia del notario que la dependencia económica.

#### **y. Oficina abierta al público.**

Por ser el notariado un servicio público tener oficina abierta al público es un requisito de habilitación y causa de inhabilitación el no tenerla (artículo 3-e, 4b y 148 del Código Notarial).

Para el ejercicio de la abogacía no es requisito tener oficina, no hay sanción para el abogado que no tenga oficina abierta al público. La abogacía tiene carácter privado, y se puede ejercer en condiciones privadas. Aunque se exija que el lugar de trabajo sea un lugar digno (artículo 28 Código de Moral), no se exige su apertura. Como el abogado puede serlo de una empresa o del Estado o de una institución, tampoco está obligado a tener oficina abierta al público.

Una expresión de la exigencia de tener oficina abierta al público es el distinto impacto que tiene la prisión preventiva en cada profesión.

19 LINEAMIENTOS de la Dirección Nacional de Notariado, San José a las dieciséis horas veinte minutos del seis de julio del dos mil cinco.

Mientras el notario es inhabilitado por prisión preventiva (artículo 4 inciso d. del Código Notarial), el abogado no (artículo 10 inciso 1. Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas). Esto quedó así establecido por el legislador. El diputado Villanueva Monge, subcomisión N° 3 de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, 16 de septiembre de 1996: en cuanto a impedimentos expresó: "... quienes guarden prisión preventiva mientras no sean excarcelados (...). Lo que pasa es que como es un requisito tener oficina abierta, a veces no es tan necesario decirlo. Con solo que se sepa que el notario no está atendiendo esa oficina abierta, ya es causa para inhabilitarlo en el ejercicio, no porque esté en prisión, sino porque ya no tiene oficina abierta. O sea, es una consecuencia, o si la tiene abierta no la atiende, no la puede atender, sería una imposibilidad para atenderla"<sup>20</sup>. De hecho, el impedimento establecido en el artículo 4 inciso b. del Código Notarial, es causal de inhabilitación "Quienes se encuentren imposibilitados para tener oficina abierta al público", no solamente aplica a quienes estén presos, independientemente de su condición, sino que también aplica a otras situaciones. Por ejemplo, a un notario que pase mucho tiempo hospitalizado o recluido en un sanatorio, podrían inhabilitarlo con fundamento en esta norma, porque no puede dar el servicio al público. En cualquier caso, que se aplique esta norma, se trata de una inhabilitación y no de una suspensión, pues la pérdida temporal de la licencia es consecuencia de la ausencia de un requisito (artículo 3 inciso c. Código Notarial).

Otra de las razones, no la única, por las cuales se inhabilita a un notario es el nombramiento en un cargo público (artículo 4 inciso f. Código Notarial). No es únicamente por la pérdida de independencia que eso significa, sino también por la imposibilidad de mantener oficina abierta al público, a pesar de que el notario tiene potestad de dar fe pública 24/7 (37 Código Notarial). Eso quedó establecido

20 Expediente Legislativo N° 7764 # 4/11, folio 983



desde el principio de la discusión legislativa sobre el Código Notarial. De esta forma, manifestó el magistrado Aguirre en la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, subcomisión N° 4, 23 de septiembre de 1996: “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 (...)... 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”<sup>21</sup>. Esta tesis, con posterioridad, ha sido reiterada por la Sala Constitucional si debe 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) y el ejercicio de la función notarial, que a su vez implica tener 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 exclusiva, simultáneamente con otro, el ejercicio de la función notarial (revestida de un 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”<sup>22</sup>.

Este criterio fue recogido, con posterioridad, por la Sala Segunda, que en lo que interesa señaló en el 2003: “Además de la imposibilidad material de ejercer conjuntamente dos funciones, la habilitación para el ejercicio de la función notarial a quien se encuentra comprometido en una relación de servicios con una entidad del sector público, enfrenta la exigencia impuesta por la propia ley a todos

los notarios públicos, de tener oficina abierta al público. Esta obligación se encuentra reiterada en varias disposiciones del CN (artículos 3 inciso e), 4 inciso b), 6, 10 y 143 inciso h.), lo cual refleja el interés del legislador en obligar al notario a garantizar la efectiva prestación de una función que debido al interés público que representa, está sujeta a una serie de regulaciones. De acuerdo con el artículo 3 inciso e), uno de los requisitos para ser y ejercer la función notarial, es tener oficina abierta al público dentro del territorio nacional; la que a su vez deberá registrar ante la Dirección Notarial. La obligación de tener oficina abierta al público, supone entonces la necesaria presencia del notario en una oficina en la que se encuentra obligado a prestar sus servicios ante el requerimiento de quienes concurren con ese fin, y de lo cual sólo puede excusarse en las circunstancias que le autoriza la ley; es decir, cuando existe causa justa, moral o legal. Enunciada en tales términos, no es posible considerar que aquella obligación pueda ser cumplida sólo en forma parcial, es decir, limitada por un horario, ante la necesidad de cumplir con otras funciones con las cuales su función se superpondría. Por esa razón, la existencia de un vínculo laboral dentro de una institución pública, en la que está obligado a cumplir con una jornada semanal de 44 horas, impide en el caso del licenciado (.....) , otorgarle la autorización para el ejercicio del notariado, no sólo en virtud del impedimento establecido por el artículo 4 citado, sino porque además, el cumplimiento de un horario de labores en una institución, le impide el cumplimiento de uno de los requisitos también exigidos por la ley, para autorizar su ejercicio”<sup>23</sup>. Entonces, la inhabilitación al notario que es nombrado en un cargo público tiene dos causas: incompatibilidad funcional, incompatibilidad material.

La Dirección Nacional de Notariado ha establecido claramente las reglas que deben observarse en el tema de la oficina abierta al

21 Expediente Legislativo N° 7764 # 4/11, folio 1116

22 Sala Constitucional en el Voto No. 649-93 de las 14:45 horas del 9 de febrero de 1993. Véase además SCV # 4444 de 12 de enero del 2000, SCV # 3932-95, # 649-93.

23 Res: 2003-00126, SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, a las nueve horas veinte minutos, del diecinueve de marzo de dos mil tres.



público en sus Lineamientos números 70 y 71: "Artículo 70. Oficina abierta al público. La oficina abierta es el espacio que evoca el arraigo del fedatario en el territorio nacional. Es el requisito-deber que todo notario público debe inscribir en el R.N.N. y es indispensable para que el notario público, desde esa oficina, brinde el servicio notarial. Por razones de legalidad, seguridad, razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad, el fedatario sólo podrá contar únicamente con un despacho notarial inscrito, el cual, para todos los efectos, es el oficial, sin que ello, obviamente, limite su capacidad de actuar y brindar sus servicios en todo el país.

Artículo 71. Requisitos mínimos de la oficina. La oficina notarial o notaría tiene que reunir las siguientes características mínimas para su consideración de "abierta al público":

a) Posibilidad de una apertura continua y permanente, que garantice la prestación del servicio al momento en que éste es rogado, con excepción del notario de planta establecido por la Sala Constitucional<sup>24</sup>.

b) Sin sujeciones ni limitaciones incongruentes con los principios, la naturaleza y normativa del ejercicio del notariado. Lo anterior, sin perjuicio de la fijación, para efectos prácticos, de un horario mínimo, dentro de los parámetros de razonabilidad, en atención a la jornada normal ordinaria de las oficinas públicas que reciben y tramitan los documentos notariales y sin que ello signifique desconocer el requerimiento de la posibilidad de apertura continua y permanente, ni el acatamiento de lo dispuesto por el C.N.

c) Libre acceso al público.

d) Exhibición de la credencial de notario público extendida por esta Dirección en los casos respectivos, o una copia fiel de ésta. Identificación por medio de rotulación adecuada, que haga constar que allí se encuen-

tra la oficina de un notario. Espacio para la atención de los usuarios, en forma privada y sin interrupciones.

e) Medios de comunicación (deseable: teléfono, fax, correo electrónico, internet, apartado postal y cualquier otro que la tecnología moderna provea).

f) Si la oficina se ubica dentro un inmueble destinado por vocación a otros usos (casas de habitación, por ejemplo), deberá entonces ubicarse en un aposento aparte, con libre acceso al público, que garantice la privacidad al usuario y la seguridad en la guarda y custodia de los medios materiales para el ejercicio del notariado.

g) Estar inscrita en el R.N.N. (podrá inscribirse solamente un despacho notarial por cada notario) para todos los efectos que establece el ordenamiento jurídico. La omisión en la comunicación dentro del plazo de ley del cambio de dirección de la oficina notarial, podría acarrear eventuales procesos disciplinarios.

h) Los notarios de planta tendrán como oficina registrada la del patrono para el cual labora bajo esa modalidad."<sup>25</sup>

### **z. Notariado: Obligación de resultados. Abogacía: obligación de medios.**

La responsabilidad de cada uno depende, también, de lo que es esperable de su ejercicio.

a) La obligación del notario es de RESULTADOS, es decir, el notario debe garantizar que el instrumento se va a inscribir porque él, es el autor responsable, garante de legalidad, y que si no se inscribe debe ser por causas no atribuibles al notario (artículo 144-a Código Notarial). El artículo 64 del Decreto de Honorarios establece dentro de los rubros que comprende el honorario, la inscripción, y el artículo 34 inciso h. del Código Notarial

<sup>24</sup> Amplíese este tema con la Directriz #01-2005 de la Dirección Nacional de Notariado

<sup>25</sup> Dirección Nacional de Notariado. San José a las dieciséis horas veinte minutos del seis de julio del dos mil cinco.

dispone la obligación de inscribir, pues con-  
signa que, entre las obligaciones del notario,  
está “efectuar las diligencias concernientes  
a la inscripción de los documentos autoriza-  
dos por él”. Desde luego que hay documen-  
tos no inscribibles (como las actas notariales  
o las declaraciones juradas), en este caso  
el resultado es solo la eficacia del mismo.  
La obligación del notario es obligación de  
resultados, también llamadas obligaciones  
determinadas. En las obligaciones indicadas  
hay garantía de ejecución, por lo que el no-  
tario debe concluir con la obra que se com-  
prometió a realizar, o en su defecto reparar  
el daño. Por eso no es correcta la práctica  
de algunos notarios de dar el testimonio al  
compareciente para que lo inscriba, aunque  
este lo haya solicitado, porque lo impide el  
segundo párrafo del artículo 35 del Código  
Notarial, en relación con el artículo 34 inci-  
so h. del Código Notarial que estatuye como  
obligación del notario la inscripción y al artí-  
culo 64 del Decreto de Honorarios que esta-  
blece que el honorario incluya la inscripción.  
La excepción a esta obligación está prevista  
en el artículo 69 del Decreto de Honorarios  
que es cuando el compareciente no abone  
la totalidad de derechos, en ese caso el no-  
tario debe primero apartar sus honorarios y  
presentar la escritura con los derechos defi-  
citarios, advirtiéndole al compareciente que  
hasta que abone el faltante se inscribirá o en  
su defecto la presentación se cancelará en  
tres meses. Este esta hipótesis el notario no  
tiene responsabilidad por la no inscripción.

Trigo Represas (2000) resume la obligación  
de resultados de la siguiente forma: “...  
en general se ha entendido, partiendo del  
distingo entre obligaciones de medios y  
finés, que el escribano asume una obliga-  
ción de resultado; en razón de que se com-  
promete a otorgar un instrumento válido  
en cuanto a la observancia de las formalida-  
des legales exigidas, idóneo para el  
logro de la o las finalidades perseguidas por  
su o sus otorgantes, como así también  
adecuado en su caso para su inscripción en  
el registro que corresponda, a los efectos de  
que el negocio en cuestión pueda

adquirir oponibilidad erga omnes. Por eso su  
responsabilidad concluye con el asiento del  
instrumento, no antes, tan es así que su de-  
fecto es causal de suspensión indefinida (ar-  
tículos 144 inciso a. y 148 Código Notarial),  
aunque en la práctica la Sala Constitucio-  
nal la redujo a 10 años mediante resolución  
3884-94.

Por supuesto que la distinción entre ambas  
obligaciones proviene de los imponderables  
que cada profesión tiene. El abogado debe  
enfrentarse con un abogado adversario ma-  
ñoso y con un juez a veces ideologizado, y  
no siempre puede prever cómo actuarán, el  
abogado no conoce la calidad de los testi-  
gos ni propios ni los otros, ni sabe con cua-  
les pruebas cuenta la parte demandada y  
a veces los propios clientes mienten. No su-  
cede lo mismo con el notario que solamente  
se encuentra con el registrador, con una téc-  
nica y no con un adversario. “La distinción  
entre ‘obligación de resultado’ y ‘obligación  
de medios’, efectuada por parte de la doc-  
trina, encontraría la propia razón de ser en  
la diferente disciplina jurídica prevista en las  
dos categorías de obligaciones: en efecto,  
cuando se habla de obligación de resulta-  
do se quiere poner de relieve el vínculo del  
deudor de prestar un resultado objetivamen-  
te determinado, mientras, cuando se habla  
de obligación de medios se quiere poner a  
la luz que el deudor es tenido, exclusivamen-  
te, para una actividad cuidadosa en pro del  
acreedor, cuya actividad puede llevar a un  
resultado concreto, conforme a los deseos  
del acreedor, sólo con la concurrencia de  
otras circunstancias externas, favorables, las  
cuales no pertenecen a la esfera del dominio  
del deudor” (Lasagna, 1975). El notario tiene  
bajo su control las circunstancias, el aboga-  
do no. La abogacía es un combate reglado,  
el notariado es un servicio pacífico.

El resultado no es un elemento accesorio a  
la función notarial, sino sustancial. “El notario  
que gestiona el documento de que es autor  
ni lo hace propiamente en nombre ajeno,  
porque el buen fin del documento afecta  
su propio prestigio e incluso su propia res-

ponsabilidad, ni gestiona profesional, pues su gestión no es propia de una persona que profesionalmente se dedica a ello, sino algo unido, consustancial a su propia profesión de notario" (Pérez Sanz, 1991). El notario no solo gestiona la contraprestación a que está obligado, sino que por este medio hace valer su autoría; es decir, que ésta haya sido realizada conforme a la técnica y la legalidad, que el registrador comprueba y avala.

Son "obligaciones de resultado ... aquellas en las cuales el deudor se compromete a realizar a favor del acreedor una prestación determinada, a procurarle un resultado concreto. En las obligaciones de medios el deudor sólo promete diligencia y aptitud suficientes para que normalmente y no en forma necesaria se produzca el resultado apetecido por el acreedor" (ARMELLA, 1998). El notario debe inscribir, debe garantizar que los actos extra protocolares van a surtir los efectos previstos por el ordenamiento: ese es el resultado. El notario no puede emitir una autorización o certificación sin esta garantía, aunque el compareciente lo consienta, porque no se lo permite el segundo párrafo del artículo 15 Código Notarial. Este artículo es una garantía, su incumplimiento lleva aparejada una sanción de hasta seis meses de suspensión (artículo 144 inciso a. Código Notarial), más las consiguientes responsabilidades civiles derivadas de los daños ocasionados por la no inscripción del acto. En una jurisprudencia citada por Armella se confirma la clasificación de la obligación notarial: "...la obligación asumida por el primero (el escribano) es de resultado, comprometiéndose a entregar un instrumento válido en cuanto a las formalidades legales que él debe observar cómo autorizante, y a su inscripción en su caso, en el registro, para que el negocio jurídico ante él pasado adquiriera eficacia "erga omnes"<sup>26</sup>.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (1993) lo

26 Cam. Nac. Civ. 26/2/1987 citado por GULLO, María Gabriela y otros; Obligación de escriturar. En: ARMELLA, CRISTINA NOEMÍ (Directora). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.III, AD-HOC s.r.l., Vilella Editor, Bs.As. 1998, Pág. 454.

pone en los siguientes términos: "El notario tiene la obligación de ser eficaz en sus resultados. El acta o la escritura por él redactados, deben satisfacer las necesidades de su cliente, realizando la fórmula jurídica y económica más adecuada".

Para el Tribunal de Notariado, no inscribir (ausencia de resultado) es una falta a la que no le aplican los términos de prescripción del artículo 164 Código Notarial, al decir<sup>27</sup> "...la omisión de inscribir documentos autorizados por notario, constituye una falta continua, por lo que en el tanto esa conducta omisa se mantenga, la falta no prescribe" . Concuérdese esta jurisprudencia con la parte final del artículo 144 inciso a. del Código Notarial: "Si, pasados seis meses de suspensión, el documento aún no hubiese sido inscrito, la sanción se mantendrá vigente hasta la inscripción final". Lo anterior significa que, si inscribe, antes de los seis meses, se le levanta la sanción.

WEISLEDER considera que la función asesora de los notarios es de medios y no de resultados<sup>28</sup>, pues el consejo es solamente una orientación que no lleva implícito un resultado; salvo, desde luego, que el consejo se traduzca en instrumento, en cuyo caso sí se exigirá el resultado.

Además, es muy importante determinar el tipo de obligación que tiene cada profesional, pues esto indica quien tiene la carga de la prueba cuando se trata de asentar responsabilidades:

"En las obligaciones de medio el acreedor debe probar el incumplimiento y la culpa del deudor; en las de resultado le basta probar el incumplimiento ya que la culpa del deudor se presume, debiendo éste probar la causa de su exoneración (por ejemplo, caso fortuito) (ARMELLA, 1998). Esto es independiente

27 VOTO # 46-2004, TRIBUNAL DE NOTARIADO: San José, a las once horas diez minutos del doce de febrero del dos mil cuatro. Ver VOTO N. 24-1999 TRIBUNAL DE NOTARIADO.- San José, a las 15:00 horas del 6 de octubre de 1.999.

28 Entrevista a Jaime Weisleder, Presidente del Instituto Costarricense de Derecho Notarial, (ICODEN), concedida el 24 noviembre del 2004.

de que la obligación tenga origen contractual o extracontractual; es decir, que el abogado o el notario provocaron daños a su cliente o compareciente, o a un tercero que no ha requerido sus servicios. En consecuencia, cuando un notario no inscribe, el acreedor lo único que tiene que probar es que el derecho aún está registrado a nombre del "derechohabiente" anterior. Al notario le corresponde probar las causas de exculpación. No sucede lo mismo con los abogados, a quienes no se les presume la culpa, sino que hay que probársela, además de probar, desde luego, el incumplimiento.

En el segundo párrafo del artículo 64. del Decreto de Honorarios se expresa: "Además de la confección del instrumento original, los honorarios de notario comprenden la asesoría del caso y la expedición del correspondiente testimonio, certificación o reproducción que deben extenderse así como los trámites de inscripción en el Registro Público que corresponda y la corrección de defectos atribuibles al notario cuando los hubiere". Si el honorario cubre la inscripción, es porque ésta es obligatoria.

b) La obligación del abogado es de medios, es decir, el abogado solamente está obligado a poner al servicio del cliente toda su diligencia y ciencia, pero nunca debe garantizar el resultado, el éxito, pues éste no depende exclusivamente de él (artículo 33 CÓDIGO DE MORAL). Ciencia significa poner toda la técnica al servicio del cliente (conlleva el deber de actualización) y diligencia significa que hizo lo que tenía que hacer, que no perdió el caso por negligencia (por no acudir a una audiencia, no presentar una prueba, no hacer bien un interrogatorio, etc.). Lo natural es que en todo proceso haya un ganador y un perdedor, no podría entonces, el sistema castigar al abogado perdedor, pues ese es el presupuesto del sistema.

El CÓDIGO DE MORAL es muy claro al definir la siguiente obligación negativa: "No deberán (los abogados) asegurar nunca el éxito" (subrayado propio), y conseguir un cliente

sobre la base de una promesa de éxito es sancionado con una suspensión que puede llegar a los tres meses (artículo 33, 82 y 85 inciso a. CÓDIGO DE MORAL). A lo sumo se le permite al abogado exponer las "probabilidades razonables" del caso (artículo 33 del Código de Moral) y se le prohíbe "magnificar sus dificultades" (Idem) como mecanismo para magnificar los honorarios.

En el segundo párrafo del artículo 3º del Decreto de Honorarios encontramos "El cliente está en la obligación de cancelar a favor del profesional los honorarios correspondientes, independientemente del resultado en sede administrativa o jurisdiccional", aunque al notario se le paga antes del resultado, eso no significa que sea una obligación de medios, significa precisamente que el resultado es el desenlace normal de sus servicios.

### **1. Pacto de "cuota litis".**

Una consecuencia de lo anterior es que al abogado le es permitida la suscripción del pacto de "cuota litis", no así al notario, precisamente porque el pacto de cuota litis está supeditado a los resultados. Es decir, como el abogado no puede garantizar el resultado, le está prohibido, le es permitido este contrato en el que solamente recibe remuneración si gana parcial o totalmente el proceso. Mientras que como el notario está obligado a garantizar el resultado no tiene sentido un pacto supeditado al resultado.

El abogado lo puede suscribir (artículos 76 Código Procesal Civil y 52 del CÓDIGO DE MORAL) siempre y cuando asuma las costas del proceso, no obtenga más de un 50% de las resultas y tenga éxito en su patrocinio. El único límite es que el abogado no obtenga bienes o derechos derivados del proceso (artículo 20 CÓDIGO DE MORAL).

Generalmente la doctrina ha considerado el pacto de "cuota litis" como inmoral <sup>29</sup> por

<sup>29</sup> Consultar GÓMEZ PEREZ, Rafael. Deontología Jurídica. Ed. Universidad Navarra SA, Pamplona, 1991, Pág. 178. Ver OSSORIO, Ángel. El Alma de la Toga. Ediciones Jurídicas



considerar que atenta contra el principio de igualdad de trato, y contra el principio de desinterés, porque es obligación del abogado poner toda su diligencia (el abogado le va a poner más ganas al proceso cubierto con pacto de cuota litis que al proceso por honorarios, puesto que con esto último caso tiene garantizados los honorarios, con el primero se corre el riesgo de trabajar de gratis, si pierde) en beneficio de su cliente y porque convierte al abogado en socio de la causa. Y lo que es peor: generalmente las personas que acuden al pacto de "cuota litis" son aquellas que no pueden pagar un abogado y en consecuencia no tienen otro camino que compartir con el abogado los resultados, por lo que el abogado lo que hace es aprovecharse de las necesidades de los más vulnerables.

Para aumentar los honorarios hay otros mecanismos, de acuerdo con los criterios prescritos en el artículo 48 del CÓDIGO DE MORAL. El abogado puede convenir los honorarios según las actuaciones esenciales del caso, los trabajos fuera del expediente, la importancia de los trabajos, la novedad y dificultad del caso, la experiencia y especialidad que requiera el caso, la situación socioeconómica del cliente, la estimación del tiempo que debe dedicar al caso, la regularidad con que el cliente utiliza sus servicios, el lugar donde deben prestarse los servicios. El aumento de honorarios se puede hacer mediante el contrato de servicios profesionales o mediante el pacto de "cuota litis", y es permitido cobrar más de los mínimos del Decreto de Honorarios siempre que el pacto sea escrito.

Por el contrario, el notario, por estar obligado a un resultado, no puede suscribir dicho pacto, a lo sumo le es permitido, según la complejidad del acto que va a autorizar, elevar hasta un 50% el arancel de ley (artículo 72 Decreto de Honorarios). No obstante, hay que señalar que el arancel distingue entre mínimos y máximos. En el primer caso se puede elevar el monto, siempre de acuerdo con

el compareciente y, en el segundo caso, se trata de mantener un tope, es decir, se puede aumentar vía pacto, pero no se puede pactar una disminución. Así lo indica el artículo 143 inciso f del Código Notarial que indica "El notario podrá cobrar honorarios mayores siempre que los haya pactado por escrito con su cliente y no superen en más de un cincuenta por ciento (50%) los establecido". No se puede cobrar menos, no solo porque lo diga la ley sino porque la Sala Constitucional había calificado la tabla de honorarios al equivalente de los "salarios mínimos" de los trabajadores (Resolución de la Sala Constitucional 4637-99)

Lo que sí le es permitido al notario es cobrar los honorarios por servicios profesionales y por separado los gastos (como gasolina para desplazar, viáticos, etc.) porque el honorario solamente paga el servicio profesional, pero no los gastos. El artículo 2 del Decreto inciso i. define los honorarios como la "Retribución o pago en dinero por servicios profesionales", de modo que se pueden facturar por separado los gastos en que incurrió el notario para lograr la escritura (papel, agua, luz, alquiler, secretaria, viáticos, etc. proporcionales, desde luego) según artículos 2 y 73 del Decreto de Honorarios.

En todo caso, tanto el Código Notarial en su artículo 143 inciso f. así como el CÓDIGO DE MORAL (artículo 83 inciso d. CÓDIGO DE MORAL) penan el cobro excesivo o menguado de honorarios, el excesivo porque es un abuso con los usuarios, el disminuido porque constituye competencia desleal. Tanto los notarios como los abogados deben competir por la calidad del servicio, no por precios.

## **2. Garantía patrimonial.**

Por otra parte, la garantía patrimonial que debe otorgar cada profesional también es distinta:

a) El Notario debe adquirir la Póliza de Responsabilidad Civil creada mediante Ley 10.057 del 29 octubre del 2021, para responder por



los daños y perjuicios que el notario provoque (artículo 9 Código Notarial), sin excluir su responsabilidad personal cuando tenga prenda con qué responder. La Ley prevé que en caso de que del notario indemnice al perjudicado con fondos de su propio peculio, el juez podrá reducirle la sanción impuesta (artículo 149 Código Notarial)

b) El abogado no otorga este tipo de garantías a sus clientes, no debe pagar pólizas de fidelidad ni cotizar para ningún fondo que responda por sus daños y perjuicios, debe, solamente, responder individualmente con su patrimonio, cuando lo tiene a su nombre (artículo 31 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS). Por ley el Fondo de Mutualidad, al que contribuye el abogado, ni siquiera es perseguible por los acreedores (artículo 31 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS). No existe ni en la Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas ni en el Código de Moral ninguna referencia a la responsabilidad civil del abogado, y deja este tema a la responsabilidad civil genéricamente.

c) En este orden de cosas, dado que la Sala Constitucional determinó que el notario público no es funcionario público (Resolución Sala Constitucional N O 008043-2017), en consecuencia, el Estado no tiene responsabilidad objetiva para cubrir los daños que el notario provoque.

### 3. Control disciplinario.

Por otra parte, el control de ambas profesiones es diverso, precisamente por su distinta naturaleza.

a) Los notarios tienen un control piramidal, pues son fiscalizados por la Dirección Nacional de Notariado, el Juzgado Notarial y el Tribunal Notarial, órganos estatales de fiscalización, disciplinarios, que no son nombrados por los notarios (artículos 22 y 169 del Código Notarial). Tan pública es la función notarial que esta es la única profesión en el país fiscalizada por órganos del Estado, mientras que,

el resto de las profesiones, incluida la abogacía, es controlada por los colegios profesionales que son entes públicos no estatales, que no pertenecen al organigrama del Estado, en las que opera el control entre pares, es decir, abogados controlando abogados, médicos controlando médicos, y así.

b) Los abogados tienen un control disciplinario horizontal, pues son los propios abogados los que eligen al Fiscal que instruirá sus procesos disciplinarios, y eligen a la Junta Directiva que aprobará sus sanciones disciplinarias (artículos 16 y 22 inciso 11 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS y 247 Ley Orgánica del Poder Judicial).

### 4. La prescripción disciplinaria.

a) Paradójicamente es más relajada la prescripción disciplinaria notarial que la abogadil, pues a los notarios las faltas disciplinarias, les prescriben a los dos años contados a partir del momento en que sucedieron los hechos que motivaron la queja, "... salvo si este fuere continuo y la reiteración oportuna de la acción o de la omisión impidiere el cumplimiento del plazo" (artículo 164 Código Notarial)<sup>30</sup>, de ahí que la prescripción civil y penal notarial tienen sus propios plazos que no afectan la prescripción disciplinaria notarial. Esto significa que, si un notario comete una falta disciplinaria, que a su vez tiene contenido penal, la falta penal se regirá por lo que indica el Código Penal, y la falta disciplinaria prescribirá a los dos años, por lo que un notario podría ser condenado penalmente y no necesariamente de manera disciplinaria. Es decir, en todos los casos, con las salvedades indicadas, los hechos notariales prescriben a los dos años, a pesar de que el notariado es una función pública y como tal debería te-

30 "... de acuerdo con el artículo 164 del CN, la acción disciplinaria prescribe en el término de dos años contados a partir de la fecha cuando se cometió el hecho que la origina, excepto en el caso de que el hecho fuere continuo, porque entonces la reiteración de la acción o de la omisión impiden el cumplimiento del plazo" (Voto N° 24 el Tribunal de Notariado de las 15:00 horas del 6 de octubre de 1999, CONSIDERANDO II)

ner plazos de prescripción mayores en beneficio de los usuarios. Por otro lado, los hechos que generalmente motivan las denuncias no siempre se conocen de inmediato, pues una falsedad ideológica, por ejemplo, puede conocerse años después de sucedida, cuando la víctima se entera de que ha perdido su propiedad porque un notario autenticó una firma falsa. El principio teórico que cobija esto es que los Registros son públicos y por tanto los interesados tienen dos años de oportunidad de saber si han sido víctimas de un notario; sabemos bien que no es costumbre consultar los registros para saber si seguimos siendo dueños de nuestra propiedad.

b) Además, la prescripción disciplinara notarial se interrumpe con la notificación (164 Código Notarial), con lo cual un notario que logre esconderse podría beneficiarse del hecho de que no logren notificarle oportunamente. En cambio, la prescripción de las faltas se interrumpe con la presentación de la queja, le hayan o no notificado (87 Código de Moral)

c) La prescripción disciplinaria de los abogados también se produce a los dos años, pero contados a partir del momento en que la víctima tiene conocimiento de los hechos que motivan la queja, y, además, este plazo se extiende cuando la falta tiene implicaciones penales (artículo 87 CÓDIGO DE MORAL), de modo que ambas prescripciones están vinculadas por conexidad, lo cual significa que, si el asunto se ventila penalmente, mientras esté en sede penal, no corre el plazo de prescripción disciplinaria.

## **5. Vigencia de las sanciones e inhabilitaciones.**

Este es otro tema en donde las reglas son más laxas con los notarios que con los abogados.

a) La suspensión e inhabilitación de un abogado rige, desde el mismo día de la publicación en el Boletín Judicial (artículo 15 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS, 79 CÓDIGO DE MORAL). Aun-

que la ley establece su publicación en el Boletín Judicial, por tratarse el ejercicio de la función disciplinaria abogadil de naturaleza administrativa, se publica en la GACETA, diario oficial como dice el Código de Moral

b) La suspensión del notario rige ocho días naturales después de la publicación en el mismo medio (artículo 161 Código Notarial). Lo cual significa que un notario suspendido puede seguir cartulando durante ocho días después de la publicación.

Realmente resulta injustificable la laxitud con que la normativa trata al notario y la rigurosidad con que trata al abogado. Dado que el notariado es función pública y la abogacía función privada, el bloque de juridicidad debería ser más riguroso con el notario.

## **6. El efecto inhabilitante de las condenas penales.**

a) A los notarios se les puede inhabilitar durante todo el tiempo que estén presos por cualquier delito, por el período que sufran prisión preventiva (artículo 4 inciso d. Código Notarial) y durante todo el tiempo de la condena cuando se trata de delitos contra la propiedad, buena fe, administración de justicia, confianza pública o delitos relativos a la Ley sobre estupefacientes "...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" (ídem), según el artículo 4 inciso d. del Código Notarial. O sea, que, si un notario es condenado por los delitos preindicados y se le aplica la ejecución condicional de la pena o la libertad condicional, no es rehabilitado hasta que cumpla el plazo completo de la sentencia. En cambio, sí es condenado por otros delitos, por ejemplo homicidio o violación, solo es inhabilitado durante el tiempo que se encuentre preso, si sale en libertad condicional podría ser rehabilitado. Y si es condenado a pena privativa de libertad con ejecución condicional, si fuere por un delito

contra la propiedad, no podría ejercer hasta que se cumpla el plazo de la pena.

b) En el caso de los abogados la inhabilitación dura solamente el tiempo en que permanezca en la prisión, pues así lo interpretó la Procuraduría General de la República: “De lo expuesto en relación con estos artículos (10, 11 y 13) se desprenden, mediante la interpretación gramatical, conclusiones absurdas, tales como : Que en todo caso de condena, mediante la cual se aplique una pena de prisión, se dan los efectos de la .pena de inhabilitación”, y agregó: “De lo expuesto debe concluirse que las personas que han sido sentenciadas a una pena de prisión pero que se les ha otorgado la “condena de ejecución condicional” no tienen impedimento para incorporarse en el Colegio de Abogados y Abogadas o para mantener su membresía” (Dictamen 148 del 11 de agosto de 1997). Este criterio opera con intendencia del delito cometido.

A modo de conclusión, estas dos profesiones, aunque conexas, tienen fundamentos axiológicos diferentes y comportamientos patológicos diferentes, así como distintas exigencias técnicas y deontológicas, y están organizadas de manera distinta.

En este trabajo no se valora quién reporta un mejor comportamiento que otro; pero sí se hace una estimación: resulta evidente que, en Costa Rica al converger ambas profesiones en una misma persona, que deben enfrentarse con técnicas diferentes y principios axiológicos contradictorios, la frontera deontológica no siempre está claramente demarcada y esto influye en la patología de cada profesión, sobre todo en la notarial. Por ejemplo, la tentación que tienen los abogados-notarios de utilizar sus poderes notariales en beneficio de sus clientes, comporta un conflicto deontológico que los puede llevar a violentar el principio de imparcialidad notarial. Las soluciones a este problema pueden ser diversas, y deben tomar en cuenta: la ubicación, naturaleza y eficacia de los respectivos órganos de fiscalización. Igualmen-

te merecen reconsideración aspectos de la normativa disciplinaria. Tampoco se puede circunscribir el análisis a estos aspectos, pues solamente se apuntarían a los efectos y no a las causas de los problemas señalados.

Como no hay investigación sobre la etiología de las patologías profesionales, como se menciona anteriormente, cuando se aportan soluciones, generalmente se limitan al análisis del discurso dogmático (normativo) o a la imitación de experiencias extranjeras, sin saber siquiera si se adaptan a la realidad. Basta leer el expediente legislativo con el que se tramitó el Código Notarial, para saber que carece de un estudio que sustente su formulación, resultó un manojito de experiencias de expertos, pero no a un estudio sistemático científico del estado de la cosa. Por supuesto que este trabajo está inscrito en esa tradición de formular soluciones basadas únicamente en el análisis de discurso y en experiencias asistemáticas, o lo que es lo mismo, que solo considera los efectos de los problemas, sin haber cuantificado ni haber cualificado las causas de los fenómenos que se pretenden resolver. Al fin y al cabo, una de las características del Derecho es que debe formular soluciones prácticas, aun cuando, sobre algún tema, no tenga resueltos los fundamentos teóricos.

Si se desea una solución radical, como la que existe en otros países, habría que organizar ambas profesiones de manera independiente: o a las personas se les permite ser abogados o ser cartularios, eso eliminaría el conflicto deontológico entre ambas profesiones y podría permitir soluciones organizativas distintas a las vigentes. Evidentemente, el instinto gremialista haría políticamente inviable una solución de este tipo, de hecho, han existido iniciativas legislativas en este sentido, pero no han prosperado.

Tampoco sería conveniente convertir el notariado en una concesión, como ocurre en algunos países o en regímenes cerrados (númerus clausus) porque estas salidas más bien propiciarían privilegios con todos los in-

convenientes de los monopolios. El Magistrado GONZÁLEZ sobre la conveniencia de que el notariado se rigiera por el principio de “númerus clausus” sostiene: “Hay que garantizar la probidad y la capacitación. A mí me preocupa que se hagan anillos de privilegio. El número me preocupa porque enquistamos feudos. Entonces luchar por aquel notariado es una cosa bárbara. Pero es que garantizamos la probidad y la excelencia, pero a qué costo. Entonces vemos los grandes notarios muy adinerados, sin la posibilidad de que nadie ingrese en ese fenómeno y un montón de asistentes que son los que lo sostienen. Es casi como hacer élites y limitar el derecho al trabajo y luego aquello sirve para corrupción ¿Cómo llego a ese cargo? A mí me da temor.”<sup>31</sup>

### III. Cuadro comparativo

#### Comparación deontológica entre notarios y abogados

NOTARIOS	ABOGADOS
Para ser notario se requiere ser abogado (Artículo 3-c Código Notarial).	Para ser abogado, no se requiere ser notario (Artículo 2 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS).
Cuando se le suspende como notario, no necesariamente se le suspende como abogado.	Cuando es suspendido como abogado, necesariamente es inhabilitado como notario (salvo el notario consular) (Artículo 148 Código Notarial).
Delegación estatal (Artículo 12 Código Notarial).	Función privada (Artículos 2 y 3 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS, Artículos 14-31-39 CÓDIGO DE MORAL).
Función Pública, ejercida privadamente (Artículo 1 Código Notarial).	Función privada, que puede ser ejercida en forma pública o privada (Artículo 3 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS).
Representa al Estado (Artículo 35 Código Notarial).	Representa a una de las partes (Artículo 14-31-39-44 CÓDIGO DE MORAL).
Imparcial (Artículo 35 Código Notarial).	Parcial (Artículos 14-31-39-44 CÓDIGO DE MORAL).
Para garantizar imparcialidad: régimen de prohibiciones (Artículo 7 Código Notarial).	No tiene régimen de prohibiciones propio.
Tiene rogantes, otorgantes, partes o comparecientes (Artículo 39 Código Notarial).	Tiene clientes (Capítulo IV CÓDIGO DE MORAL).
Legitima y autoriza actos (Artículo 34-c-e Código Notarial).	Trata de legitimar o deslegitimar actos (Artículo 25 CÓDIGO DE MORAL).
Cartula (en nombre del Estado, no tiene clientes, no tiene patrocinados) (Artículo 33 Código Notarial).	Aboga (en nombre de su patrocinado o cliente).
Actúa donde hay acuerdo. Solo concilia (Ej. Artículo 134-a-c Código Notarial).	Actúa donde hay conflicto. Concilia o confronta. (Artículos 35-22 CÓDIGO DE MORAL)
Actúa en sede voluntaria (Ej. Artículo 135 Código Notarial).	Actúa en sede contenciosa (Artículo 22 CÓDIGO DE MORAL).
Actúa con ambas partes, salvo actos unilaterales.	No puede tratar con la contraparte, solo con el abogado que la dirija (Artículo 69 CÓDIGO DE MORAL).
Papel en el contrato: búsqueda de equilibrio	Papel en el contrato: defensa del cliente (Artículo

31 Entrevista al Doctor Oscar González, Magistrado de la Sala Primera, el 1° de diciembre del 2004.



(Artículo 35 Código Notarial).	39 CÓDIGO DE MORAL).
Función rogada (solo actúa a petición de parte) (Artículo 36 Código Notarial).	Libre aceptación o actuación de oficio (Artículo 37 CÓDIGO DE MORAL).
Debe justificar la negativa a dar el servicio. (Artículos 6 y 36 Código Notarial).	No debe justificar la negativa a dar el servicio (Artículo 37 CÓDIGO DE MORAL).
No puede ser funcionario público (salvo los cónsules y notarios del Estado, según artículo 5 inciso c. Código Notarial).	Puede ser funcionario público (Artículo 7 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS, 27-80 CÓDIGO DE MORAL).
Está obligado a tener oficina abierta al público (Artículo 3e, 4b, 148 Código Notarial).	No está obligado a tener oficina abierta al público (Artículo 28 CÓDIGO DE MORAL).
Obligación de resultados (Artículo 144 a Código Notarial).	Obligación de medios (Artículo 33 CÓDIGO DE MORAL).
No admite pacto de cuota litis (Artículo 72 Decreto de Honorarios).	Admite pacto de cuota litis (Artículo 238 Código Procesal Civil, Artículo 52 CÓDIGO DE MORAL).
Póliza de Responsabilidad Civil (Artículo 9 Código Notarial).	Solo responde con su patrimonio (Artículo 31 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS).
Responsabilidad individual (Artículo 9 Código Notarial).	Responsabilidad individual.
Control piramidal (Dirección Nacional de Notariado) (Artículo 22 y 23 Código Notarial) y Juzgado Notarial (Artículo 169 Código Notarial).	Control horizontal (Colegio de Abogados y Abogadas) (Artículos 22 inc. 11 y 16 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS).
Lo controla la Dirección Nacional de Notariado y los juzgados notariales (Artículo 22 y 169 Código Notarial)	Lo controla el Colegio de Abogados y Abogadas (Artículo 22 inc. 11 LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS y Artículo 247 de Ley Orgánica del Poder Judicial)
Prescripción disciplinaria: 2 años, (Artículo 164 Código Notarial). Contados a partir de la comisión de los hechos.	Prescripción disciplinaria: 2 años y otras formas de prescripción (Artículo 87 CÓDIGO DE MORAL). Se cuenta desde el momento en que la víctima tiene conocimiento.
La suspensión o inhabilitación entra a regir 8 días después de publicada en el Boletín Judicial (Artículo 161 Código Notarial).	La suspensión entra a regir a partir de su publicación en LA GACETA (Artículo 79 CÓDIGO DE MORAL).
La suspensión de un notario se mantiene, por ciertos delitos, durante por todo el plazo de la sentencia, aunque no esté en prisión (Artículo 4-d Código Notarial).	La suspensión de un abogado se mantiene mientras esté en prisión (Dictamen 148-97 Procuraduría General de la República).

## Referencias Bibliograficas:

Carnellutti, F. (1954). La figura jurídica del notario. Tr. Sergio González. Editorial Reus, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo VIII, Madrid.

Celeste, G. (2004). La imparcialidad del notario: garantía de orden contractual. En: XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino. México.

De La Torre Díaz, F. (2000). Ética y deontología jurídica. Ed. Dykinson S.L., Madrid.

Delgado De Miguel, F. (1998). Pautas para la elaboración de aportes doctrinales, XXII Congreso Internacional de Notariado Latino (1998) En: ARMELLA, C. (1998) (Directora). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.I, AD-HOC s.r.l., Villela Editor, Bs.As.

El arte notarial en México. (2004). Ed. Casa Aldo Manuzio, México.

Faus Estevbe, R. (1974). Examen de conciencia a los 100 años de la Ley. En: Jornadas Notariales de Poblet (años 1962-1971), con la colaboración de los colegios Notariales de Barcelona, Zaragoza, Valencia, Madrid, La Coruña, Valladolid, Sevilla y Brugos, Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona.

Figueroa Márquez, D. (2004). La imparcialidad. Atributo de la función notarial. En: XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino. México.

Fraguas, R. (1974). Proyectos para el porvenir, Jornadas Notariales de Poblet, Colegio de Notarios, Barcelona.

Frese, A. (1998). Incompatibilidades e inhabilidades. En: Armella, C. (Directora). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.I, AD-HOC s.r.l.,

Villela Editor, Buenos Aires.

Garrido Cerda, E. (1995). Funciones públicas y sociales del notariado. En: XXI Congreso Internacional de Notariado Latino, Berlín, 1995. Gráficas Minaya, Guadalajara.

Gaupp, R. (1998). La importancia del Código deontológico notarial para clientes, colegas y estado. En: XXII Congreso Internacional de Notariado Latino (Ponencias de la delegación alemana) Bs.As.

Gómez Pérez, R. (1991). Deontología Jurídica. Ed. Universidad Navarra SA, Pamplona.

Guillo, M. y otros (1998). Obligación de escriturar. En: Armella, C. (Directora). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.III, AD-HOC s.r.l., Villela Editor, Buenos Aires.

Highton, E. (1998). El escribano como tercero neutral, Rev. Not. 850-87, 1997. En: Armella, C. (Directora). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T I, AD-HOC s.r.l., Villela Editor, Buenos Aires.

Jiménez Carmiol, M. (1998). Op. Cit., Pág. 5) En el XVI Congreso Internacional del Notariado Latino de Lima 1981, consideró: (En: Memorias del Cincuentenario 1948-1998 de la Unión Internacional de Notariado Latino. Bs As.

Larraud, R. y otros. Curso de Derecho Notarial, Depalma, Buenos Aires (1966).

Memorias del Cincuentenario 1948-1998 de la Unión Internacional de Notariado Latino. Buenos Aires.

Mora Vargas, H. (1999). Manual de Derecho Notarial, Ed. Investigaciones Jurídicas, San José.

Ortiz Rivas, H. (1993). Ética Notarial. Ediciones

Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá.

Ossorio, A. (1989). El Alma de la Toga. Ediciones Jurídicas EuroAmerica. Buenos Aires.

Paz, J. (1939). Derecho notarial argentino. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires.

Peisino, C. (1998). Asesoramiento. En: Armella, C. (Directora). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.I, AD-HOC s.r.l., Villela Editor, Buenos Aires.

Peisino, C. (1998). Imparcialidad. En: Armella, C. (Directora). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.I, AD-HOC s.r.l., Villela Editor, Buenos Aires.

Pelosi, C. (1980). El documento notarial. Ed. Astrea, Buenos Aires.

Pérez Fernández Del Castillo, B. (1993). Ética Notarial. Editorial Porrúa S.A., México.

Romero Herrero, H. (1998). La deontología notarial en relación con los clientes, en relación con los compañeros y en relación con el Estado. En: Ponencias del notariado español, al XXII Congreso Internacional de notariado latino, Buenos Aires, 1998. Publicado por el Consejo General del Notariado Español, Madrid.

Schnirman, L. (1998). Investidura. En: Armella, C. (Directora). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.I, AD-HOC s.r.l., Villela Editor, Buenos Aires.

Siri, F. (1998). Competencia. En: Armella, C. (Directora). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.I, AD-HOC s.r.l., Villela Editor, Buenos

Aires.

Viguri Perea, A. (2000). Algunos aspectos de la actividad notarial como pilar fundamental del tráfico jurídico. En Ars Notariae (El Arte Notarial), dirigido por Joaquín Serrano Yuste y otra. Ed. Fundación Caja Castellón-Bancaja.

Asamblea Legislativa. Expediente Legislativo N° 7764.

Carta de Álvaro Torres Vicenzi de 25 de octubre de 1996, en Expediente Legislativo N° 7764 # 5/11, folio 1365.

Carta de Álvaro Torres Vicenzi de 25 de octubre de 1996, en Expediente Legislativo N° 7764 # 5/11, folio 1350.

Asamblea Legislativa. Expediente Legislativo N° 7764 Folio 1644- 6/11

Asamblea Legislativa. Expediente Legislativo N° 7764 # 2/11, folio 492. Intervención del señor Henry Vega Salazar.

Revistas:

Arias Sancho, M. y otra. (2001). La Dirección Nacional de Notariado como ente rector de la actividad notarial en Costa Rica. Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José.

Ayub Rojas, Z. y otras. (1999). Código Notarial: régimen disciplinario, historia, alcances y evolución. Informe de Seminario de Graduación presentado para optar al Grado de Licenciados en Derecho, en la Universidad de San José.

Barrantes Gamboa, J. (2001). La función notarial. En: IVTITIA notarial y registral. N° 2 San José, Noviembre-diciembre.

Bhürmann, S. (1971). Revitalización de los valores esenciales del notariado. Revista Notarial del Colegio de Escribanos de Buenos Aires. N° 796.

Calvo Masís, A. (2003). El papel del Ministerio Público en Materia Notarial. Tesis para optar al Grado de Licenciado en Derecho, UCR.

Castillo Prado, M. (1987). Elementos subjetivos en la función notarial. Tesis de grado para optar el grado de Licenciada en Derecho, UCR, San José.

Delgado De Miguel, J. (1993). La función notarial. VI Jornada Notarial Iberoamérica, Quito. Consejo General del Notariado, México.

Fessler, H. (1984). El cometido Social de la Redacción Imparcial. Revista Internacional del Notariado, N° 80, Buenos Aires.

Figa Faura, L. El deber de consejo del notario. Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, N° 776.

García Cima De Esteve, E. (1997). Editorial de la Revista Notarial. Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba. N° 73- 1997-1.

Garrido Melero, M. (2004). La imparcialidad del notario: garantía del orden contractual. XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino. México.

Gattari, C. (1997). Manual de Derecho Notarial, Ed. Depalma, Buenos Aires.

<https://semanariouniversidad.com/opinion/la-competencia-desleal-entre-notarios/>

Icoden. Jiménez Carmiol, M. (2003). LA NACIÓN, 1 junio 2003, Viva

Isotti, A. (1979). El notario, profesional liberal. Revista Internacional de Notariado. N° 75, Buenos Aires.

Kralik, W. (1982). El deber de informar el notario. Revista Internacional de Notariado. N° 78, Buenos Aires.

Lamber, R. (1997). Dictamen Comisión de Consultas sobre Secreto Profesional. Revista

Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, N° 927.

Lasgna, J. (1975). Figura jurídica y función del notario. Revista Notarial del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, N° 823.

Márquez González, J. y otro. (1998). La Deontología Notarial frente a los clientes, al colega y al Estado. Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, N° 930.

Martinez Segovia, F. (1989). Responsabilidad disciplinaria. Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, N° 903

Ott, W. (1998). El notario como garante de la seguridad jurídica en la economía de mercado. XXII Congreso Internacional de Notariado Latino (Ponencias de la delegación alemana) Buenos Aires.

Oviedo Sánchez, A. (2003). Delitos cometidos en sede notarial y su responsabilidad penal. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, UCR, San José.

Pérez Montero, H. (1981). Necesidad social de la imparcialidad del notario. Revista Notarial del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, N° 854.

Pérez Sanz, A. (1991). El Notario y la Sociedad. Revista Internacional de Notariado. Unión Internacional de Notariado Latino. N° 87, Buenos Aires.

Pio XII (1998). Último discurso pronunciado al V Congreso de Unión Internacional de Notariado Latino (5-10-58). Memorias del Cincuentenario 1948-1998 de la Unión Internacional de Notariado Latino. Buenos Aires.

Rodríguez Adrados, A. (1981). El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad. Revista Notarial del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, N° 858.

Sáenz Juárez, L. (1984). La imparcialidad del



Notario Latino en la Realidad. Revista Internacional del Notariado, N° 80, Buenos Aires.

Sandí Baltodano, G. (2002). La función notarial en Costa Rica. IVSTITIA notarial y registral. N° 3, San José, marzo-abril.

Trigo Represas, F. (2000). Responsabilidad civil del Escribano Público. Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, N° 937.

Trigo Represas, F. Responsabilidad de los abogados y escribanos. Revista Notarial, del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, N° 870.

Resoluciones:

Directriz Dirección Nacional de Notariado N° 001-99, CONSIDERANDO I

Directriz Dirección Nacional de Notariado N° 015-99, CONSIDERANDO VI

Lineamientos: Consejo Superior Notarial en sesión 002-2014 del 29 de enero del 2014

Lineamientos: Resolución de la Dirección Nacional de Notariado de las 16:20 horas del 6 de julio del 2005

Resolución de la Sala Constitucional 3932-95; 2000-07874; 4675-03, 2349-03, 4444-00; 4451-02, 11932-01, 5496-00, 5797-98, 1019-97, 2531-94, 1770-94, 1045-94, 316-93; 649-93; 5417-03

Tribunal de Notariado, Voto N° 46-2004

Tribunal de Notariado Voto N° 130-2001

Tribunal de Notariado Voto N° 24-1999

Códigos y otras normas

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Código de Deberes Jurídicos,

Morales y Éticos del Profesional en Derecho (Código Deontológico del Colegio de Abogados y Abogadas) del 10/01/2005. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=54060&nValor3=94777&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=54060&nValor3=94777&strTipM=TC)

Por razones de espacio y de facilidad de lectura hemos denominado al Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho del Colegio de Abogados y Abogadas: CÓDIGO DE MORAL.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Código Notarial del 22/11/1998. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=42683](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=42683)

Entrevistas:

Alicia Bogarín, Directora de la Dirección Nacional de Notariado, en entrevista concedida el 11 de noviembre del 2004.

Gladis Herrera Raven, Notaria Pública del Estado, de la Procuraduría General de la República, 15 de noviembre del 2004.

Jaime Weisleder, Presidente del Consejo Superior Notarial, el 24 de noviembre del 2004.

Oscar González, Magistrado de la Sala Primera, realizada el 1° de diciembre del 2004.

# TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN  
DIGITAL

Edición 15 / 1, Agosto 2024

Costa Rica