

LA OBLIGATORIEDAD DE LA FUNCION NOTARIAL Y SU RETRIBUCION

Por ser la función notarial una función pública, su ejercicio compete originariamente al Estado y el Notario no la ejerce sino por delegación de aquél. Consecuencia de ello es que el Estado, para asegurar ese ejercicio por el Notario, emplee dos medidas, aparte de otras más que no viene al caso examinar: la obligatoriedad de la función y su retribución regulada conforme a arancel.

Se tiende con estas medidas a evitar que la negativa del Notario a ejercer la función en algunos casos, deje sin satisfacer la necesidad social correspondiente, por la falta del servicio público o bien que por la elevación arbitraria y excesiva de su costo, se vuelva ese servicio inaccesible para quienes necesiten usarlo.

Pero las actividades que el Notario desempeña actualmente no pueden ser consideradas sin distinción alguna. Debe diferenciarse lo que es propiamente función Notarial y por lo tanto pública, de lo que solamente es actividad más o menos conexas o relacionada con ella, pero que, sin ser función pública, ha sido encomendada al Notario por razones históricas que han hecho costumbre.

Sin entrar a examinar la naturaleza y contenido de la función notarial, porque ello nos llevaría a un extenso estudio teórico, impropio de esta ponencia, podemos señalar como notas externas de esa función, que permiten distinguirla para los fines del presente trabajo, las siguientes: a) Se ejerce siempre en relación con el protocolo, ya sea mediante actuaciones asentadas en éste (instrumentos públicos) o bien mediante documentos relativos a esas actuaciones (testimonios, copias, certificaciones, avisos notariales, etc.); b) Implica el uso del sello del notario (que estrictamente hablando, no debe ser usado más que en esas actuaciones y documentos) y c) Requiere necesariamente la intervención del Notario, como insustituible.

Esta última nota es la que principalmente permite diferenciar a la función notarial de otras actividades realizadas por el Notario (trámites judiciales u obtención de documentos previos a una escritura o posteriores a ella, trámites para obtener su registro, consultas, trámites administrativos, etc.). En tales actividades, el Notario no es insustituible.

Puede realizarlas otra persona, aun cuando no sea Notario, pues ellas no constituyen función pública, ni se ejercen por delegación del Estado. Más bien podría decirse que el Notario, al llevarlas a cabo, no actúa como Notario, sino como simple abogado. Por esta razón la negativa del Notario a ejercer esas actividades no paraliza un servicio público ni deja sin satisfacción la necesidad social a que se encuentra destinado.

Conclusión de lo anterior es que las disposiciones contenidas en los artículos 4º. y 9º. de la Ley del Notariado del Distrito Federal, que establecen el ejercicio obligatorio de la función y su pago regulado por arancel, no son aplicables sino a los casos de ejercicio de la función propiamente Notarial, que solamente el Notario puede ejercer y no a las demás actividades que el Notario desempeñe.

En la misma Ley del Notariado encontramos en parte, apoyo para esta opinión. El Artículo 6º. dispone:

“Las funciones del Notario son incompatibles con todo empleo, cargo o comisión públicos; con los empleos o comisiones de particulares; con el desempeño del mandato judicial y con el ejercicio de la profesión de Abogado, en asuntos que haya contienda; con la de comerciante, agente de cambio o ministro de cualquier culto. El Notario podrá: I.—Aceptar cargos de instrucción pública, de beneficencia privada, de beneficencia pública o concejiles. II.—Ser mandatario de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos por consanguinidad o afinidad. III.—Ser tutor, curador o albacea. IV.—Desempeñar el cargo de miembro del Consejo de Administración, Comisario o Secretario de Sociedades. V.—Resolver consultas jurídicas. VI.—Ser arbitrador o Secretario en juicios arbitrales. VII.—Patrocinar a los interesados en los procedimientos judiciales necesarios para obtener el registro de escrituras. VIII.—Patrocinar a los interesados en los procedimientos administrativos, necesarios para el otorgamiento, registro o trámite fiscal de las escrituras que otorgaren.”

Este precepto señala las actividades prohibidas y las permitidas al Notario y al establecer que las enumeradas en la segunda parte (El Notario podrá. . .) no son incompatibles la función notarial, está, por ese hecho, distinguiéndolas claramente de la misma. Además el texto legal las señala como potestativas, no como obligatorias para el Notario. Verdad es que el precepto menciona solamente algunas de las varias actividades que el Notario moderno realiza fuera de la función estrictamente notarial, pero ello basta para que el principio quede establecido y reconocido en la misma Ley.

La negación de que tales actividades sean obligatorias en principio para el Notario, no impide reconocer que eventualmente lleguen a serlo. Así ocurriría, por ejemplo, si el Notario ha convenido con su cliente, en realizarlas para servicio suyo. En tal caso la obligación tendrá un carácter contractual. También podrá estar obligado el Notario a realizarlas, con la consiguiente responsabilidad si rehusa, cuando tales actividades estuvieren vinculadas a alguna actuación notarial suya, de tal modo, que la negativa a ejercerlas, en momento o circunstancias inopor-

tunas, dañase o perjudicase al cliente. Pero ésta ya es una cuestión distinta de la que examinamos en el presente trabajo.

Por lo que toca a la retribución del Notario, regulada por arancel (Art. 9º. de la Ley), la situación legal es diferente, en lo que respecta a distinción de actividades. No sólo carece la Ley de precepto que distinga la función notarial de las otras actividades que realiza el Notario, en lo tocante a la retribución, sino que, lejos de ello, el arancel vigente en el Distrito Federal, contiene disposiciones que regulan el pago de honorarios por actividades no notariales. Así desde su artículo primero dispone dicho arancel: "Los Notarios en ejercicio de sus funciones o al realizar las labores y desempeñar los cargos que mencionan las fracciones V a VII inclusive del artículo 6º. de la Ley del Notariado, percibirán por honorarios los que señala el presente arancel."

En artículos posteriores y desarrollando la disposición contenida en el primero, dispone el arancel:

"Art. 11.—Además de los derechos señalados en los casos previstos en los artículos anteriores, cobrarán lo siguiente: . . . "VII.—Por gestionar la legalización de una firma, la expedición de un certificado y el pago de notas de impuestos, la inscripción de un documento en los Registros Públicos y en general cualquiera tramitación o agencia relacionada con las escrituras, que no tenga cuota especial, diez pesos por cada gestión. . . ."

"Art. 15.—Por cada conferencia o consulta verbal que no ameriten el otorgamiento de escritura o acta, si se celebran en el Despacho de la Notaría cobrarán, veinte pesos por la primera media hora o fracción y diez pesos por cada media hora excedente. Fuera del Despacho de la Notaría, lo cuota se duplica."

"Art. 16.—Por cada consulta por escrito, lo que convengan las partes; en caso contrario, según la importancia del asunto, las dificultades técnicas del negocio y su extensión, cobrarán de cincuenta a quinientos pesos."

"Art. 17.—Por ser árbitro o secretario en juicio arbitral, los honorarios que se convengan; y a falta de convenio, las cuotas señaladas en los artículos 315 a 322 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales."

"Art. 18.—Por patrocinar a los interesados en los procedimientos judiciales necesarios para obtener el registro de escrituras de sociedades, cobrarán: \$ 25.00 si el capital es hasta de \$10,000.00; \$50.00 si es hasta de \$25,000.00; \$75.00 hasta de \$50,000.00; \$100.00 hasta de \$100,000.00; de \$100,000.00 a \$500,000.00, \$150.00 y de \$500,000.00 en adelante \$250.00."

Conviene analizar estas disposiciones del arancel para examinar hasta qué punto son incongruentes con la posición del Notario, frente al doble género de actividades que realiza.

El artículo 11 fracción VIII (antes transcrita) se refiere a gestiones de carácter administrativo, que si bien están relacionados con alguna escritura, no integran ésta, ni constituyen función notarial, por lo que no resulta el Notario insustituible para llevarlas a cabo. Alguna duda podría caber sobre esto en lo que toca al "pago de notas de Impuestos" que menciona el precepto, ya que, de acuerdo con algunas disposiciones legales, (la de la Ley General del Timbre por ejemplo), debe hacerse la cuotización de los impuestos bajo la responsabilidad del Notario.

Creemos, sin embargo, que cabe distinguir entre el acto de cuotizar (que requiere conocimientos técnicos para calificar un acto jurídico y reconocer la disposición fiscal que le es aplicable) y el mero pago del impuesto (que es un hecho material). Por eso las leyes que ponen el primero a cargo del Notario y bajo su responsabilidad, no implican que sea insustituible en el segundo.

Pero cuando así lo fuere, quedan, de todas maneras, las gestiones restantes que menciona la fracción VIII, que indiscutiblemente son diversas de la función notarial y cuyo pago regula indebidamente esa fracción, señalando retribución de diez pesos por cada una, cuando no tuvieren señalada cuota especial.

Los artículos 15 y 16 (también transcritos antes) se refieren a las consultas y hacen sobre ellas algunas distinciones: si son verbales o por escrito; si ameritan o no el otorgamiento de una escritura o acta, si se celebran en el despacho del Notario o fuera de él. Solamente las dos primeras distinciones nos interesan. La tercera es irrelevante para el objeto de este estudio. Si la consulta es verbal se cobrarán veinte pesos por la primera media hora o fracción y diez pesos por cada media hora excedente, debiendo duplicarse esas cuotas si se realiza fuera del despacho (disposición imperativa y obligatoria para el Notario, que no podrá cobrar más ni menos que eso, de acuerdo con lo que dispone el artículo 23 del arancel). En cambio, si la consulta es por escrito, puede haber convenio entre las partes y sólo en caso de no haberlo, se cobrará de cincuenta a quinientos pesos, tomando en cuenta las dificultades técnicas y extensión del negocio (cuota supletoria que rige sólo a falta de acuerdo entre el Notario y su cliente). ¿Por qué esa diferenciación? ¿Por qué en un caso se admite y en otro se niega la posibilidad del precio convencional? Las dificultades del negocio pueden existir en ambas situaciones. No podrá decirse que la consulta escrita implica siempre más trabajo y que por eso se deja al Notario más libertad para el cobro de sus honorarios, pues la consulta verbal puede presentar a veces más dificultades por la prontitud mental que requiere para su resolución y por la inmediatez con que debe darse ésta.

Pero sobre todo, volvamos al tema central de este estudio. Se está regulando indebidamente en estos preceptos (Arts. 15 y 16 del arancel) actividades no notariales, que el Notario inclusive puede negarse a realizar (Art. 6º. Frac. V de la Ley, antes transcrita), actividades en las que actúa como abogado, como conecedor del Derecho y cuyo pago no puede quedar disciplinado por el Estado, como si fuera el de una

función pública. Aun la retribución supletoria establecida a falta de convenio, para las consultas escritas, nos parece fuera de lugar, pues en tales casos, si el Notario actúa nada más como abogado, su retribución debería regirse por el arancel contenido en la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común para el Distrito y Territorios Federales, que se refiere a las consultas en su artículo 275 fracciones II y III.

La segunda distinción que hace el arancel para las consultas (ésta solamente la hace para las verbales el artículo 15) es entre las que ameritan otorgamiento de escritura o acta y las que no lo ameritan y solamente para estas últimas se fija la cuota imperativa que antes señalamos.

Esta distinción refuerza más nuestras impugnaciones al arancel. Si este mismo prevee que la consulta no amerita otorgamiento de escritura o acta, está reconociendo, con ello, que el Notario no actúa en función de tal, por lo que resulta absurdo fijarle precio obligatorio a su trabajo. Pero, ¿qué pasará en el caso contrario, o sea cuando la consulta conduzca a un otorgamiento que implique ejercicio de verdadera función notarial? El arancel nada previene para este caso. ¿Quiere decir con ello que la consulta se cobrará por analogía igual que la anterior, atenta la disposición del Art. 20? ¿O querrá decir que en tal caso no debe cobrarse porque queda ya incluido su precio en el de la escritura o acta notarial? Si fuere lo primero, salió sobrando la distinción hecha por el artículo 15. Pero, si fuere lo segundo, no sería menor el absurdo al negar la posibilidad de cobrar la consulta. Aunque conducente ésta a una actuación notarial, se distingue de ella e implica un trabajo aparte que el Notario realiza como abogado y que inclusive puede realizar otro abogado no Notario. Y si éste último tendría derecho a cobrar. ¿Por qué negárselo al primero? ¿Deberá la función notarial llevar la carga de realizar actividades conexas gratuitamente?

El artículo 17 del arancel prevee el caso de otra actividad que tampoco es notarial: el desempeño del cargo de árbitro o secretario en juicio arbitral. Este es el único de los casos examinados en que el arancel dispone correctamente y de acuerdo con la opinión que sustentamos, al establecer que los honorarios se fijarán por convenio y sólo a falta de éste (supletoriamente), serán los que fija la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común. Con esta disposición se reconoce tácitamente que el Notario actúa exclusivamente como abogado en los casos previstos. Pero si tal es la disposición, salió sobrando por completo y bien pudo haberse omitido en el arancel, con ventaja para la brevedad y conclusión, siempre encomiables, en todos los ordenamientos legales.

Por último, el artículo 18 se refiere a una actuación típica de abogado postulante: el patrocinio en procedimientos de jurisdicción voluntaria necesarios para registrar escrituras de sociedades. Si el Notario ejerce habitualmente ese patrocinio es porque se trata de asuntos en que no hay contienda y por lo mismo no resulta incompatible con el

cargo suyo y con el ejercicio de la función notarial, atento lo dispuesto en la primera parte del artículo 6º. de la Ley (a contrario sensu) y además expresamente autorizado, para el caso que comentamos, en la fracción VII del propio artículo.

De ello se desprende que también carece de razón el arancel al fijar honorarios obligatorios, como los que establece el comentado artículo 18, para un trabajo que es de abogado postulante y que no pierde ese carácter por el hecho de que quien lo lleve a cabo sea un Notario.

Como resultado de todo lo anterior, puede llegarse a dos conclusiones evidentes: PRIMERA, que el Notario ejerce funciones propiamente notariales y otras que no tienen ese carácter. SEGUNDA, que solamente en las primeras, en las que es insustituible y ejerce por delegación del Estado, puede éste fijarle honorarios obligatorios. Esto con objeto de asegurar el ejercicio de esas funciones que constituyen la prestación de un servicio público. En las otras funciones, en las que no son notariales por naturaleza y que sólo por razones de circunstancia histórica ejerce el Notario, pero que bien puede ejercer quien no lo sea, no tiene derecho el Estado para fijar, limitar o restringir en forma alguna los honorarios a cobrar, como no sea con carácter supletorio, a falta de convenio. En actividades profesionales que no entrañen el ejercicio de una función pública, sigue rigiendo el principio de autonomía de la voluntad. La libertad de contratación, el acuerdo entre las partes, deben seguir siendo la base para la fijación de honorarios, como en cualquier contrato de prestación de servicios profesionales, de acuerdo con el artículo 2606 del Código Civil del Distrito Federal.

La discrepante posición de nuestro arancel a este respecto, obedece a una falta de distinción en las funciones que el Notario ejerce, que si bien pudo ser explicable en épocas pasadas en que la propiciaron la rutina y el atraso en los estudios jurídico-notariales, carece actualmente de toda razón, atento al adelanto de esos estudios.

Por lo tanto y como consecuencia de lo expuesto, queremos llegar a proponer al Cuarto Congreso Nacional del Notariado Mexicano, las siguientes conclusiones que son de interés y aplicación prácticos, tanto para la legislación del Distrito Federal, como para las de otras entidades federativas que contengan disposiciones iguales o similares, a las comentadas en este estudio:

Primera.—El Notario, en su ejercicio profesional, realiza actividades de carácter propiamente notarial, que constituyen una función pública y además otras actividades que no tienen ese carácter.

Segunda.—Solamente es obligatorio el ejercicio de las primeras. El de las segundas es potestativo, en principio, para el Notario de acuerdo con la Ley, aun cuando eventualmente, por motivos diversos, puede llegar a ser también obligatorio.

Tercera.—Solamente para las primeras puede el Estado regular obligatoriamente, mediante arancel, el pago de la retribución debida al Notario. Para las segundas no puede hacerlo más que en forma supletoria, a falta de convenio entre las partes.

Cuarta.—Como consecuencia de lo anterior, debe pugnarse, ante las autoridades competentes, en cada entidad federativa, para que se supriman, en los aranceles Notariales, todas las disposiciones que reglamenten, en forma obligatoria, el pago de honorarios por actividades que no sean notariales estrictamente.

Con el debido respeto.

A. Arroyo S. (Rúbrica)