Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

INFLUENCIA DEL DERECHO PUBLICO SOBRE EL DERECHO DE LA CONTRATACION

Por: Bernardo PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

PRIMERA PARTE

LA CONTRATACION COMO UN MEDIO PARA LA REALIZACION DE LA PERSONA

El hombre para su desarrollo en la sociedad, requiere del intercambio de bienes y servicios, sin los cuales económicamente quedaría aislado. El intercambio hace que se enriquezca y perfeccione.

Este intercambio de bienes y servicios se realiza por medio de la contratación. Las relaciones económicas provocaron la regulación jurídica, que en un principio fue espontánea y paulatinamente, con el desarrollo cultural se ha ido perfeccionando, de leyes rudimentarias, hasta las modernas codificaciones. Estas constituyen un freno al evitar abusos e irresponsabilidad de una o ambas partes.

La reglamentación de los contratos nace de la necesidad de buscar el equilibrio y la justicia en las transacciones, de tal manera que constituye y cristaliza el *minimum ético* deseable.

Dentro de este marco, las partes tienen y han tenido la facultad de autorregularse o simplemente se adaptan a los marcos jurídicos "tipos" de los contratos descritos por la ley, que contemplan un ideal dentro de la contratación. Por ello, en este último caso se dice "la definición y regulación de los contratos en los códigos, es un servicio público que se presta a la sociedad".

EL NEGOCIO JURIDICO

Existen diversas denominaciones de los hechos que producen efectos en el mundo jurídico. En el derecho francés, los hechos jurídicos, *latu sensu*, se dividen en actos jurídicos y hechos jurídicos *stricto sensu*. Al decir de Bonnecase, el acto jurídico "es una manifestación exte-

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

rior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente, o, al contrario, un efecto de derecho limitado que conduce a la formación, a la modificación o la extinción de una relación de derecho".

El concepto que más adelante se verá del negocio jurídico, se comprende como una subclasificación del acto jurídico. Este último puede ser rígido, como la aceptación del cargo de tutor, en donde la actividad del sujeto está regulada estrictamente por las normas jurídicas; o bien, flexible, como en el negocio jurídico, por ejemplo, el testamento, el contrato de asociación, etcétera, en los cuales la ley da posibilidades de autorregularse, pues el acto o contrato se regulan escuetamente en las normas jurídicas.

El término negocio jurídico, se debe a los pandectistas, y podría definirse como la facultad jurídica que tienen las personas de autodeterminarse. Podría asimilarse a la autonomía privada de la libertad, o como dice Federico de Castro, la autarquía personal.

Entre los negocios jurídicos, los hay unilaterales y bilaterales; en los segundos se encuentra incluido el contrato.

El deseo de intercambio y los alcances pretendidos con la libertad de actuación, son la fuente de la autonomía de la voluntad.

Las ideas económicas del siglo XIX, llevadas a su extremo con la famosa frase "dejar hacer, dejar pasar", provocaron abusos e injusticias sociales, que hicieron reaccionar a algunos países, quienes con afán de proteger a las clases más necesitadas, separaron del derecho civil a los contratos laborales y agrarios, creando como ramas autónomas, el derecho del trabajo y el derecho agrario.

EL CONTRATO

El contrato como acuerdo de voluntades sobre la creación y transmisión de derechos y obligaciones, responde a un concepto abstracto, permanente y universal.

No puede hablarse de la decadencia o limitación, que a través del tiempo, ha tenido el contrato. Sin embargo, si pueden expresarse las limitaciones que actualmente tienen los contratantes, en el uso de contratar con libertad.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

El contrato normalmente se estudia dentro del derecho privado, pero también lo encontramos vigente en el derecho público, como en la prestación de servicios públicos; en el derecho internacional, en los contratos realizados entre dos Estados o un Estado y un particular extranjero; en el derecho del trabajo, en el contrato individual y en el colectivo.

Observamos que en todas las ramas del derecho se aplica la teoría general del contrato, pues es un concepto abstracto y permanente, puede decirse como se conocía en el derecho romano, perfeccionado y sistematizado en las primeras codificaciones.

Por eso es también interesante estudiar al contrato en el derecho comparado, pues todos tienen la misma fuente y regulación aunque diferente nominatividad.

Elementos del contrato

El contrato tiene elementos de existencia o estructurales, tales como el consentimiente y objeto.

El consentimiento es el acuerdo de voluntades sobre el acto o negocio jurídico que los contratantes pretenden celebrar.

El objeto lo constituye el dar, el hacer, o el no hacer a que quedan obligados los sujetos del contrato. Estas conductas recaen sobre la cosa que el obligado debe dar, el hecho a realizar, o simplemente, la abstención.

Las cosas deben estar en el comercio. Están fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

Los hechos deben ser física y jurídicamente posibles.

Además de los elementos de existencia, se dan los presupuestos de validez, tales como la capacidad de los sujetos; licitud en el objeto, causa, motivo o fin del contrato; la ausencia de vicios en el consentimiento, como el dolo, la mala fe, la violencia o lesión, y que la voluntad se haya expresado con las formalidades establecidas en la ley.

La posibilidad jurídica, la capacidad, la ilicitud, los formalismos, etcétera, han ido variando espacio-temporalmente de acuerdo con las tendencias políticas y estructurales jurídicas.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

SEGUNDA PARTE

INFLUENCIA DEL DERECHO PUBLICO EN LA CONTRATACION

El cambio en las ideas políticas y sociales, repercute en las constituciones de los países y, por lo tanto, en la estructura y atribuciones del Estado en relación con los particulares.

De la concepción de un Estado "policía" o "gendarme" desarrollada en el siglo pasado, que tenía como única función vigilar que la actividad de los particulares se desarrollara dentro del marco jurídico, en un ambiente de libre juego de las leyes sociales y económicas, evoluciona a la de un Estado "providencia" cuyo problema fundamental es conciliar la libertad del individuo con las exigencias de la seguridad social. Las exigencias de la seguridad social, han hecho que el Estado intervenga en la economía de la forma siguiente:

1º Como monopolista, en la prestación de servicios públicos, excluyendo a los particulares;

2º Como particular, en las relaciones contractuales, complementando, colaborando o sustituyendo la actividad de los particulares, y

3º Como proteccionista, dictando leyes que regulan y limitan la actividad de los particulares.

Esta concepción de intervencionismo y proteccionismo, se refleja en la legislación y repercute directa e inmediatamente, en la restricción de la libertad de contratación, o de la posibilidad de autorregulación en los contratos.

Por otro lado, la producción y el comercio masivo de bienes y servicios, ha provocado la celebración cotidiana de una inmensa cantidad de contratos, impidiendo que el productor o el comerciante los lleven a cabo en forma individual con sus clientes.

Esta proliferación de contratos, ha causado el nacimiento de nuevas formas de contratación, tales como los contratos de adhesión, contratos normativos, los contratos formularios, las condiciones generales de contratación, etcétera. En las nuevas modalidades de contratación, existe el control de legalidad por parte del Estado, en algunos casos en forma administrativa y en otros, judicialmente.

A continuación, voy a analizar primero, la influencia del derecho público sobre la contratación, y después, la actuación del notario frente a los nuevos esquemas de contratación.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

PARTICIPACION DEL ESTADO EN LOS CONTRATOS

1º *El Estado como monopolista, en la prestación de servicios públicos, excluyendo a los particulares.* En México, a últimas fechas, se ha modificado la Constitución en varios artículos, estableciendo la Rectoría del Estado en Materia Económica, dándole atribuciones de manera exclusiva en determinadas áreas estratégicas que quedan a cargo de los organismos de propiedad o de control del gobierno federal.

Entre las actividades que el Estado desempeña en forma monopólica, se encuentra el petróleo, la banca, la moneda, los correos, telégrafos, teléfonos, servicio eléctrico, ferrocarriles, líneas aéreas, el transporte urbano en la Ciudad de México, etcétera.

Los contratos que el Estado celebra con los particulares, normalmente son de adhesión, o bien, sus bases se encuentran establecidas en reglamentos, tarifas y aranceles de carácter general, en los que los particulares tienen que ajustarse a cláusulas preestablecidas, sin intervenir en su redacción. Normalmente esta actividad consiste en la presstación de servicios públicos, destinados a satisfacer una necesidad colectiva de carácter material, económico o cultural, mediante prestaciones concretas e individualizadas, sujetas a un régimen jurídico que les imponga adecuación, regularidad y uniformidad.

Por considerar a los contratos celebrados por el Estado con los particulares, en la prestación de un servicio público, de "interés público", deben interpretarse, en caso de ambigüedad, a favor del Estado y no de la parte más débil, el particular. El juez competente para resolver cualquietr controversia es el Federal, y no del Fuero Común.

Un ejemplo de contratación entre el Estado y los particulares, es cuando éste compra o vende un inmueble. La escritura se lleva a cabo ante un notario designado por el Estado; en un protocolo especial; el precio, en ambos casos, no puede ser mayor ni menor al establecido en el avalúo realizado por la Comisión Nacional de Avalúos, y el título debe inscribirse en el Registro de la Propiedad y en el Registro del Patrimonio Inmueble Federal.

2º *El Estado como particular, en las relaciones contractuales, complementando, colaborando o sustituyendo la actividad de los particulares.* El Estado, sin que constituya uno de sus fines propios, interviene en el libre juego de la empresa, sea como comerciante o productor. Se constituye como sociedad mercantil, suscribiendo el capital en forma ma-

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

yoritaria o minoritaria, con patrimonio y personalidad propios, teniendo como objeto el comercio o la producción como si fuese un particular cualquiera. En estos casos, que se despoja de su *imperium*, y actúa como particular, las normas de interpretación de los contratos y la competencia de los jueces, son las mismas que regulan a los particulares.

Esta intervención del Estado en la economía, distinta a la monopólica, se conoce como estatización de las empresas; estado empresario, empresa de estado, empresas de participación estatal, etcétera. Fenómeno que se da, o bien cuando el Estado evita quiebra de empresas, tomando a su cargo los pasivos para eludir un mayor perjuicio de desempleo o pérdida de un renglón importante en la economía; o bien, por una simple agresividad económica.

Observamos que la tendencia de algunas naciones, es incrementar este tipo de intervención; y de otras, reprivatizar las empresas de participación estatal.

3º *El Estado como proteccionista, dictando leyes que regulan y limitan la actividad de los particulares.* Indudablemente que el crecimiento demográfico de algunos pueblos como los latinoamericanos, ha provocado la masificación en la producción y el consumo de bienes y servicios. Es por esta razón que los politólogos y constitucionalistas hablan de una nueva rama del derecho, distinta al derecho público o o al derecho privado, que denominan derecho social.

Este derecho protege el interés "difuso" y "fragmentario", de poca cuantía, de numerosas personas dispersas geográfica y socialmente, por lo que les resulta casi imposible el organizarse. Y así se habla de los derechos del consumidor; del derecho de decidir libre, responsable y de manera informada, sobre el número y espaciamiento de los hijos; del derecho a la igualdad entre el hombre y la mujer; el derecho a la salud, a la vivienda digna y decorosa, y a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

El Estado para resolver estos problemas de interés social, dicta leyes que directa e inmediatamente restringen la libertad contractual, tales como la Ley Federal de Protección al Consumidor; Ley General de Asentamientos Humanos, Ley del Desarrollo Urbano del Distrito Federal, Ley Federal de Vivienda; Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera; modificaciones al Código Civil en materia de arrendamiento, etcétera.

Con base en estos ordenamientos, se han creado organismos admi-

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

nistrativos para controlar y vigilar su cumplimiento, tales como la Procuraduría Federal del Consumidor e Instituto Nacional del Consumidor; Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores; Fondo de la Vivienda para los Trabajadores al Servicio del Estado; Fondo Nacional de Habitaciones Populares, etcétera; la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras y el Reigstro Nacional de Inversiones Extranjeras; se crean instancias especiales de conciliación en materia de arrendamiento; y así podría enunciar una serie de organismos creados para la realización de este derecho "social".

De todo lo anterior concluimos, que en la actualidad, además de las limitaciones tradicionales, establecidas en los códigos civiles, tales como el respeto al orden público, las buenas costumbres, y la buena fe; la condena al dolo, la mala fe, la violencia y la lesión; la interpretación de los contratos a favor de la parte más débil y la irrenunciable de ciertos derechos; se observa que continuamente se expiden leyes o se modifican las anteriores, en relación con la compraventa de bienes muebles e inmuebles; arrendamiento, mutuo, prestación de servicios, etcétera, en las que se les imponen a las partes, cláusulas irrenunciables por corresponder al "interés público", que en ocasiones dejan un marco de autoregulación muy estrecho.

Un caso típico es la Ley Federal de Protección al Consumidor, al al establecer que los contratos de adhesión, antes de ser utilizados, deben ser revisados, aprobados y registrados en el Registro que para tal efecto fue creado.

Por considerar de interés general, a continuación transcribo el artículo 63 de la mencionada Ley Federal de Protección al Consumidor:

> La Procuraduría Federal del Consumidor vigilará que los contratos de adhesión no contengan cláusulas que establezcan prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores o les impongan obligaciones inequitativas.
>
> La misma atribución se ejercerá respecto a las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, machotes o reproducidos en serie mediante cualquier procedimiento y, en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor del bien o servicio sin que la contraparte tuviere posibilidad de discutir su contenido.
>
> Cuando los contratos a que se refiere este artículo hubieran sido autorizados o aprobados, conforme a las disposiciones legales aplicables

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

por otra autoridad, ésta tomará las medidas pertinentes, previa audiencia del proveedor para la modificación de su clausulado, a moción de la Procuraduría Federal del Consumidor.

Cuando los contratos en cuestión no requieran autorización o aprobación por parte de alguna dependencia del Ejecutivo Federal, la Procuraduría en representación del interés colectivo de los consumidores, gestionará en un plazo no mayor de cinco días a partir de que conozca el caso, ante él o los proveedores respectivos, a la modificación de su clausulado para ajustarlo a la equidad. En caso de no obtenerse en el término de treinta días, un resultado satisfactorio, la Procuraduría podrá:

a) Hacer del conocimiento del público para su debida advertencia, por sí o a través del Instituto Nacional del Consumidor, su opinión respecto al contrato de que se trate;

b) Demandar judicialmente la nulidad de las cláusulas en cuestión;

c) Elevar a la consideración del Ejecutivo Federal, las medidas conducentes para regular el contenido de los contratos a que este precepto se refiere.

De esta manera podríamos enunciar las limitaciones que existen en cuanto a los sujetos, objeto, capacidad, forma, etcétera, que vienen a repercutir en la autonomía de la voluntad en los contratos.

TERCERA PARTE

EL NOTARIO, SU ACTIVIDAD Y SU OBRA

La Ley del Notariado para el Distrito Federal define al notario como:

Art. 10. El notario es un licenciado en Derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de Ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos.

La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte.

A excepción del Distrito Federal y del Estado de Morelos, los demás Estados de la República, en sus Leyes de Notariado, se refieren al notario como "funcionario público".

Por su lado la Unión Internacional del Notariado Latino, en su Pri-

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

mer Congreso Internacional, celebrado en la Ciudad de Buenos Aires en octubre de 1948, definía al notario y su actividad como: "el notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido".

ACTIVIDAD DEL NOTARIO

Para analizar la naturaleza jurídica y características de la función del notario, es necesario examinar su actuación y con base en ello, avocarnos a su estudio.

La actividad del notario consiste en escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento.

Escuchar. Cuando alguna persona se encuentra envuelta en un problema jurídico, acude al notario, y en una primera audiencia, le plantea sus conflictos, los cuales son escuchados con atención. El notario trata de conocer todas las circunstancias que le puedan dar oportunidad de entender la inquietud de las partes y sus alcances. Posiblemente en el bosquejo de las situaciones de hecho presentadas ante su consideración, existan matices que es preciso aclarar, de los que pudieran resultar consecuencias que los clientes no se habían imaginado.

Al notario en ocasiones le confían situaciones y circunstancias personales, en el entendido de que cuentan con su discreción. Asimismo puede ser que en un instrumento haga constar hechos, declaraciones y constancias que deben considerarse como secretos.

El secreto profesional tiene dos aspectos: uno objetivo, la necesidad de una confidencia hecha por una persona al profesional; otro subjetivo, el convencimiento íntimo por parte del que confiesa, la intención de que aquélla no se revelará o divulgará.

Interpretar. El notario después de escuchar a sus clientes, se sensibiliza y busca los motivos y causas que han tenido para llevar a cabo una operación, interpretando su voluntad y pretendiendo descubrir sus deseos y el modo de satisfacerlos dentro del ámbito jurídico.

Aconsejar. Una vez que los problemas han sido establecidos por las partes y asimilados por el notario, éste dentro de su repertorio jurídico,

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

se encuentra en actitud de dar un consejo eficaz. Es muy frecuente que un planteamiento jurídico tenga diferentes soluciones, las cuales pueden encontrarse en los negocios jurídicos típicos o buscando una solución atípica particular, podríamos decir, un "traje a la medida". La capacidad, preparación jurídica, conocimientos y experiencia del notario, son fundamentales para dar una solución y aconsejar lo más adecuado ante los hechos presentados por sus clientes.

El notario cuando actúa lo debe hacer libre de cualquier nexo que le impida aconsejar a las partes o redactar los instrumentos con intereses distintos a los de la equidad y seguridad jurídica. Cuando se comparece ante notario para solicitar la prestación de un servicio, se está convencido que el fedatario va a actuar imparcialmente protegiendo los intereses de las partes.

Hoy como siempre el notario se encuentra presionado por los intereses de los poderosos, sea el Estado o los grandes consorcios, que por su gran fuerza política y económica, tratan de doblegar su imparcialidad, situación que se agrava cuando existe relación de dirección y dependencia.

También puede suceder que encontrándose comprometido por lazos de amistad o parentesco, lo compulsen a actuar parcialmente.

Preparar. Para la preparación y redacción de una escritura pública, se necesitan cumplimentar requisitos previos a la firma, por ejemplo, en las traslativas de dominio de un bien inmueble, debe obtenerse: del Registro Público de la Propiedad, el certificado de libertad de gravámenes; de la autoridad fiscal, la constancia de no adeudos de impuestos y derechos; contar con el título de propiedad; acta de matrimonio del enajenante a fin de examinar el régimen bajo el cual contrajo nupcias; el avalúo bancario que sirva de base para la cuantificación de los impuestos; en caso de extranjeros, permisos de la Secretaría de Gobernación y de Relaciones Exteriores para adquirir el inmueble, etcétera. Adquiridos éstos se está en posibilidad de redactar el instrumento.

Redactar. Para la redacción es necesario expresarse con propiedad, claridad y concisión. Además el notario debe utilizar lenguaje jurídico.

Las partes han expresado su deseo. El notario califica y determina el tipo de acto jurídico de que se trata y procede a la redacción de las cláusulas en las que vuelca su creatividad de profesional del derecho, demostrando su calidad de jurisconsulto. Desarrolla su labor de perito en derecho reconocida por la ley, así como su práctica en la redacción adquirida a través de la experiencia. Gracias a su estudio, conoce

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

cuáles son las disposiciones que integran el orden jurídico, sabe adecuarla sy ordenarlas para formar el instrumento necesario a las partes. La redacción de las cláusulas requiere de sabiduría legal y responsabilidad profesional para evitar que en el contrato se declare con falsedad aquello que no es cierto y prevalezca el orden jurídico y la buena fe.

Si la redacción del clausulado es jurídicamente correcta y se usa propiedad y sencillez en el lenguaje, no habrá conflicto entre las partes.

Certificar. En la certificación el notario concretiza la función notarial al caso particular. En la parte donde manifiesta el contenido de su fe pública, que es: fe de existencia de los documentos relacionados en la escritura; fe de conocimiento; fe de lectura y explicación del instrumento; fe de capacidad de los otorgantes y finalmente, fe de otorgamiento de la voluntad.

Ciertamente un abogado examina los antecedentes físicos y jurídicos de un documento, redacta las cláusulas, selecciona las disposiciones jurídicas aplicables y expresa en lenguaje jurídico la voluntad de las partes, pero no puede certificar. Esta facultad corresponde a los fedatarios, en este caso, al notario.

El notario por su calidad de fedatario al certificar formula un juicio de certeza que impondrá a los demás.

Autorizar. La autorización de la escritura es el acto de autoridad del notario que convierte al documento en auténtico, quién 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.

La autorización como lo ha expresado la doctrina española, es el acto del autor y creador de la escritura o del acta notarial.

Reproducir. La actividad del notario satisface plenamente a los ideales de seguridad jurídica, no sólo por los elementos examinados que integran su función, sino también porque su actividad responde a los principios de conservación y reproducción del documento.

En los documentos privados, no existe la posibilidad de reproducción, pues a diferencia de los notariales, no existe una matriz que los conserve en forma permanente.

El protocolo pertenece al Estado y es conservado por el notario durante cinco años a cuyo término, se deposita en el Archivo General de Notarías en donde permanece definitivamente, de tal suerte que en la ciudad de México, pueden consultarse los documentos notariales expedidos desde 1527.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Accesorio a estas actividades netamente notariales, las leyes tributarias le imponen al notario obligaciones fiscales. Además, si un documento es inscribible en el Registro Público de la Propiedad, el notario normalmente se encarga de su inscripción. En México, el notario sin ser un empleado del fisco y sin recibir remuneración de éste, le es un eficaz colaborador en la aplicación de las Leyes de Hacienda del Departamente del Distrito Federal y de otras entidades federativas, de los impuestos al Valor Agregado, sobre la Renta, y Adquisición de Bienes Inmuebles, especialmente cuando hace constar en un instrumento público la adquisición de un bien inmueble. Su actuación tiene triple carácter: verificar, liquidar y enterar impuestos.

El notario tiene la obligación de inscribir el testimonio de la escritura si ha recibido las expensas necesarias para el pago de los gastos y honorarios. En el Registro Público de la Propiedad la inscripción de derechos reales sobre bienes inmuebles o cualquier derecho real o posesión sobre los mismos, no tiene el carácter de sustantivo ni de constitutivo, sino sólo de declarativo, pues el acto jurídico o el contrato se perfeccionan fuera del Registro Público con el sólo consentimiento otorgado en la forma establecida por la ley.

En todas estas etapas de la actividad del notario, o sea, escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar y reproducir el instrumento, debe caracterizarlo su imparcialidad, espíritu conciliador, discreción en los secretos recibidos, equidad en el cobro de los honorarios, preparación técnica y jurídica; empeño personal; y cumplimiento de las demás normas éticas y jurídicas. De no actuar conforme a estos deberes puede incurrir en responsabilidad civil, penal o disciplinaria.

EL DOCUMENTO

El acta y la escritura pública son la obra del notario: el resultado de su actividad.

El documento notarial tiene las siguientes características: da forma a la voluntad de las partes, garantiza su eficacia jurídica, es un medio de prueba plena, y tiene fuerza ejecutiva.

Los documentos pueden ser públicos o privados, según provengan de persona investida de fe pública o de particular. Los códigos de procedimientos civiles, son las disposiciones legales que determinan cuáles son los documentos públicos o privados.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

En México la ley adjetiva federal establece lo que se entiende por documento público:

> Art. 129. Son documentos públicos aquellos cuya formación está encomendada por la ley, dentro de los límites de su competencia, a un funcionario público revestido de la fe pública, y los expedidos por funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones.
>
> La calidad de públicos se demuestra por la existencia regular, sobre los documentos, de los sellos, firmas u otros signos exteriores que, en su caso, prevengan las leyes.

Por exclusión son privados, los que no reúnen las condiciones previstas en la disposición antes transcrita (Art. 133).

El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, no define al documento público, sólo enumera en forma casuista a los que pueden considerarse con ese carácter (Art. 327).

Los no mencionados se consideran privados.

> Art. 327. Son documentos públicos:
>
> I. Los testimonios de las escrituras públicas otorgadas con arreglo a derecho y las escrituras originales mismas;
>
> Art. 334. Son documentos privados los vales, pagarés, libros de cuentas, cartas y demás escritos firmados o formados por las partes o de su orden y que no estén autorizados por escribanos o funcionarios competentes.

El documento notarial da forma a la voluntad de las partes

El notario desde la primera audiencia que tiene con sus clientes, les ayuda a configurar y a orientar su voluntad para que tengan los resultados jurídicos deesados. Como he dicho con anterioridad, el notario es asesor y profesor de los interesados, que los escucha, interpreta y aconseja, para finalmente redactar el instrumento plasmando su voluntad.

En este punto la actividad notarial es una respuesta a la necesidad universal del espíritu humano. De ahí su existencia desde los albores de la escritura y su continuidad hasta nuestros días.

El ser humano, así como tiene necesidades de salud o de satisfacer la alimentación de desarrollo espiritual, tiene y ha tenido la de orientación jurídica. Necesidad que se ve satisfecha con la actividad notarial.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Razón por la que pienso, que más que la fe, lo que justifica al notariado, es el asesoramiento y conformación del documento.

El documento notarial garantiza la eficacia jurídica de la voluntad de los interesados

El notario es un licenciado en deercho, y en los países en donde la forma de acceso al notariado es por medio de examen de oposición o de estudios especializados, es un perito en derecho. Como tal responde de la legalidad y validez de los actos jurídicos por él redactados y autorizados.

La mayoría de las legislaciones notariales establecen como causa de la responsabilidad civil notarial, y por lo tanto, la obligación de resarcir de los daños y perjuicios causados:

1. Por provocar daños y perjuicios en virtud de una actuación notarial morosa, negligente o falta de técnica jurídica;
2. Por causar daños y perjuicios por la declaración judicial de nulidad o inexistencia de un acta o escritura pública;
3. Por originar daños y perjuicios al no inscribir o inscribir tardíamente en el Registro Público de la Propiedad o del Comercio, una escritura público o acta que sean inscribibles, cuando haya recibido de su cliente para tal efecto, los gastos y honorarios, y
4. Por el daño material y moral causado a la víctima o a su familia en la comisión de un delito.

El documento notarial es un medio de prueba plena

El documento público tiene valor probatorio pleno dentro de los juicios y procedimientos administrativos y judiciales. Con las modificaciones al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicadas en el *Diario Oficial* de la Federación de 10 de enero de 1986, el documento público se volvió el medio de prueba más importante, pues es el único que tiene la categoría de valor probatorio pleno, sin que su valor pueda ser destruido por medio de excepciones, así lo disponen los siguientes artículos:

> Art. 402. Los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgador...
>
> Art. 403. Queda exceptuada de la disposición anterior la apreciación de los documentos públicos...

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

El documento notarial tiene valor ejecutivo

El primer testimonio de las actas y las escrituras públicas en las que existan reconocimiento de adeudos, tiene los efectos procesales de llevar aparejada ejecución. El artículo 443 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dispone:

> Para que el juicio ejecutivo tenga lugar se necesita un título que lleve aparejada ejecución.
> Traen aparejada ejecución:
> I. La primera copia de una escritura pública expedida por el juez o notario ante quien se otorgó.

Si el primer testimonio se extravía, los ulteriores serán título ejecutivo si son expedidos por mandato judicial, así lo establece la fracción II del citado artículo: "Las ulteriores copias dadas por mandato judicial, con citación de la persona a quien interesa".

NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION NOTARIAL

Del examen de la actividad del notario y de sus consecuencias, que es el documento público, acta o escritura, se cuestiona entre los notarialistas si la actuación del notario es la de un funcionario público, un profesional del derecho, o el ejercicio de una profesión liberal.

La noción del notario como funcionario público se deriva de la Ley del Ventoso XI de 1803 que así lo describía. Mas tarde, la mayoría de las legislaciones notariales siguen el mismo concepto, al definir al notario. Posteriormente algunos estudiosos del derecho notarial reaccionan en contra de esta definición al considerar al notario como un profesional del derecho.

Las razones por las cuales se conceptúa al notario como un funcionario público, se fundan en que los instrumentos por él redactados hacen fe pública al otorgarla a nombre del Estado.

Los argumentos a favor del notario como ejercicio de una profesión liberal, y no como una función pública son:

1. Que a través de la historia se observa cómo la actividad del notario ha sido el escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; redactar el instrumento y explicarlo. Misión que compartieron los tabeliones, escribas, escribanos y otros personajes que en la antigüedad se dedicaron a la redacción de los instrumentos, previo consejo que daban a las

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

partes. La fe pública fue otorgada posteriormente, pero es innegable que si no se hubiese dado, la actividad notarial seguiría siendo indispensable para la sociedad, pues responde a una necesidad universal del espíritu humano, la seguridad jurídica.

2. El notario no es ni puede ser funcionario público, pues su actividad debe desempeñarse en un ambiente de libertad e imparcialidad frente al Estado; no está encasillado dentro de la organización de la administración pública; no recibe salario del erario; no existe contrato de trabajo o relación jurídica de dirección y dependencia con el Estado, quien no responde por los actos del notario; su ingreso no es por nombramiento, sino por examen de oposición; su función es legal, sólo puede ser destituido en los casos establecidos por la ley, y no por instrucciones del superior; la organización pública sólo tiene los poderes de vigilancia y disciplinario; no todo el que presta un servicio público en nombre del Estado es funcionario público; su colegiación se rige por asociación de profesionistas y no por organizaciones o sindicatos de trabajadores al servicio del Estado.

Varias son las leyes del notariado, e inclusive la francesa de 1943, que ya no se refieren al notariado como un funcionario público.

Examen de oposición

La evolución del notariado, después de una larga experimentación, ha llevado a la selección de los notarios por medio de examen de oposición. Los países más avanzados en materia notarial como España, Italia, Argentina y otros, lo han adoptado.

El examen de oposición ha dado magníficos resultados en el Distrito Federal, pues la preparación y el nivel científico y técnico del gremio notarial ha ido cada vez más en aumento, su integridad moral es reconocida tanto por autoridades administrativas como por ciudadanos. En algunos Estados de la República, todavía existe el derecho del ejecutivo local, de nombrar discrecionalmente a los notarios. En ocasiones se hace uso de ese derecho como un premio político y no con base en una preparación técnica y científica del candidato, con el cuidado de ponderar las buenas costumbres inherentes al desempeño de la función notarial. Por fortuna ya son varios los Estados qu eaceptan como medio de ingreso al notariado, el examen de oposición. Con este sistema de acceso a la actividad notarial, se asegura la continuidad, permanencia y adecuación al mundo moderno.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

CUARTA PARTE

LA INTERVENCION DEL NOTARIO EN LAS NUEVAS FORMAS DE CONTRATACION

La actividad que realiza el notario en la celebración de un contrato, reiterando lo expresado, consiste en escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento.

Ahora bien, cuando el Estado interviene en la prestación de un servicio público, o en la compraventa de inmuebles, o cuando los particulares realizan contratos masivamente, en serie, de adhesión, o imponiendo condiciones generales de contratación, el aspecto creativo de la actuación notarial se ve inhibido, al dejar de escuchar a las partes, interpretar su voluntad, aconsejarlas, y redactar el instrumento, limitándose única y exclusivamente a transcribir, certificar y autorizarlo. Podríamos decir que el notario se convierte en un fedatario o "firmón", haciendo abstracción de su carácter de perito y maestro de los otorgantes.

Su deber de imparcialidad se ve seriamente vulnerado, al saber que el contrato ha sido redactado por una de las partes, la económicamente más fuerte, en el que generalmente la parte más débil renuncia a pedir la responsabilidad civil a cargo del redactor.

Al respecto el XVI Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Lima, Perú, llegó a las siguientes conclusiones:

"Aunque posiblemente se trate de una simplificación excesiva, cabe distinguir tres grandes grupos de supuestos:

1. *Contratos aún no perfeccionados*

Las partes se disponen a celebrar un contrato, pero aún no están de acuerdo sobre sus elementos esenciales. En ese caso, el notario interviene desde el primer momento en la fase de formación del contrato y, por consiguiente, es entonces cuando puede cumplir con mayor amplitud su función de asesoramiento y consejo.

2. *Contratos que llegan al notario ya perfeccionados y muchas veces formalizados en un simple documento privado*

El notario, además de comprobar la legalidad de los pactos ya estipulados y de informar a los contratantes sobre los efectos jurídicos

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

del contrato que han celebrado, debe constatar si las partes han previsto determinadas cuestiones cuya reglamentación entra en el campo de la autonomía de la voluntad, y debe aconsejar imparcialmente a los interesados sobre la conveniencia de completar el contenido del documento privado, así como llamar la atención sobre los términos muchas veces equívocos o poco claros en que el documento está concebido, a fin de conseguir que los contratantes acepten que en el documento público se utilice una terminología más precisa y técnica que evite ulteriores problemas interpretativos.

3. *Contratos de adhesión*

Un fenómeno característico de nuestro tiempo es el llamado contrato de adhesión. Sin que sea procedente entrar aquí en discusiones teóricas sobre la naturaleza y clase de los contratos de adhesión, puede aceptarse que estamos en presencia de un contrato de este tipo cuando su clausulado ha sido determinado unilateralmente por una de las partes (a la que se puede llamar parte predominante), de suerte que a la otra sólo le queda la opción de aceptar el contrato tal como se le propone o no contratar. Los contratos de adhesión, hasta tiempos relativamente recientes, no se formalizaban en escritura pública, pero ahora ya no es así. Piénsese, por ejemplo, en los contratos que celebra el promotor de un grupo de departamentos o viviendas con los futuros compradores de unos o de otras. Piénsese, así mismo, en determinados préstamos bancarios o en otras operaciones similares que igualmente se formalizan en documento notarial.

A primera vista parece que si el contrato de adhesión ha sido ya suscrito, la tarea del notario como profesional del derecho se mueve dentro de unos límites muy estrechos, pues únicamente podrá comprobar si algunas de las cláusulas del contrato que se somete a su autorización infringen la ley. Sin embargo, la comisión cree que, aun frente a los contratos de adhesión, la función asesora del notario reviste una importancia considerable. En primer término, debe informar cuidadosamente al contratante más débil de todas y cada una de las consecuencias jurídicas que derivan del contrat oque ya ha suscrito y de las cuales no tendrá muchas veces una idea clara, debido a la complejidad y, frecuentemente, a la oscuridad con que están concebidas determinadas cláusulas contractuales. Si el notario cumple fielmente su deber de información, el contratante más débil, aun cuando ya esté vinculado por el contrato que ha suscrito, puede plantearse la posibilidad de impugnar ese contrato por error de derecho y decidir si, a pesar de todo, consiente en que se eleve a escritura pública o si se abstiene de hacerlo, aunque ello pueda representar, por su parte, el in-

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

cumplimiento del contrato, de todo lo cual debe ser advertido por el notario.

En segundo término, es importante que el notario haga constar en la escritura que el contenido contractual ha sido unilateralmente establecido por la parte predominante. Recuérdese que existe una regla sobre interpretación de los contratos, expresamente recogida en algunas legislaciones, según la cual, la interpretación de las cláusulas de los contratos que sean oscuras o ambiguas no debe favorecer nunca a la parte culpable de la oscuridad o ambigüedad.

No es correcto que el documento notarial no recoja todas las condiciones del contrato y se remita al modelo tipo que la parte predominante tiene establecido para los contratos de aquella clase. Mal puede el notario informará la parte más débil de las consecuencias jurídicas del contrato que ha celebrado, si él mismo no conoce su contenido integramente.

Finalmente, es evidente que el notario, por sí mismo, no puede resolver toda la compleja problemático que plantean los contratos de adhesión. Indudablemente, el legislador debe tomar en consideración estos contratos con el objeto de establecer que existen ciertas cláusulas abusivas que deben estimarse nulas En algunos países existen leyes que persiguen esta finalidad Sin embargo, algunas de estas leyes han sido criticadas porque contemplan la figura del contrato de adhesión en general, en lugar de limitarse a tipos o clases especiales de contratos de adhesión. La Comisión considera fundamental que los organismos notariales hagan cuanto sea posible por estar presentes en los procesos de elaboración de estas leyes.

La existencia de los contratos de adhesión y su incorporación a la documentación notarial entraña la posibilidad de que el notario deje de ser imparcial, según se apunta en el apartado cuarto del esquema. Generalmente, los contratos de adhesión son también una manifestación de lo que los mercantilistas llaman contratación en masa. Es la gran empresa que produce este tipo de contratos la que, normalmente, elige al notario. En sí mismo, este hecho no sería trascendente si el notario cumpliese puntualmente su deber in formar y auxiliar al contratante más débil; pero existe el riesgo, que la práctica confirma, de que el notario, ante el temor de perder una fuente importante de clientela, no extreme su diligencia en orden al cumplimiento de su deber de informar...

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

DEBERES DEL NOTARIO FRENTE A LAS NUEVAS FORMAS DE CONTRATACION

Si ciertamente la actividad del notario se ve restringida en los contratos analizados, es pertinente hacer notar cuál debe ser su postura frente a estos esquemas contractuales.

Esta la podríamos estudiar en su aspecto individual y corporativo.

A) En su aspecto individual, el notario debe conocer el contrato, leerlo íntegramente y explicarlo a los contratantes. De existir renuncias ilegales, no debe autorizarlo.

En virtud de que el notario por su preparación técnica jurídica frecuentemente es asesor de empresas, tiene posibilidades de influir en la redacción de estos nuevos esquemas de contratación, situación que debe propiciarse.

B) En el aspecto corporativo, es frecuente escuchar en algunos congresos internacionales, quejas por la expedición de leyes que limitan el campo de actividad del notario. Considero que las quejas son estériles. Se requiere de los colegios y agrupaciones notariales, una actividad más dinámica y agresiva a este respecto.

Los colegios de profesionistas normalmente son órganos de consulta del poder legislativo. Esta situación debe aprovecharse, colaborando activamente en el proceso legislativo, y no como simples observadores de la transformación de la ley en perjuicio de la sociedad.

EJEMPLOS DE INTERVENCION DEL ESTADO EN LA CONTRATACION

NOTA PRIMERA

Restricciones a los extranjeros para contratar

Conforme a la definición tradicional de nacionalidad, esta es: el vínculo jurídico político que relaciona a la persona con el Estado; o, el atributo jurídico que señala al individuo como miembro del pueblo de un Estado. Así, será nacional quien sea miembro del pueblo de un Estado determinado y será extranjero, quien no pertenezca a él.

Es importante determinar la nacionalidad de los sujetos que intervienen en una escritura pública o acta notarial, pues en nuestro país

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

existen limitaciones y prohibiciones a los extranjeros para la adquisición de bienes inmuebles, acciones y derechos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos determina quienes tienen la nacionalidad mexicana.

Art. 30. "La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A) Son mexicanos por nacimiento:

I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres;

II. Los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano o de madre mexicana.

III. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B) Son mexicanos por naturalización:

I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización, y

II. La mujer o el varón extranjero que contraiga matrimonio con varón o con mujer mexicanos y tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional".

Por otro lado son extranjeros quienes no tengan las calidades señaladas en el mencionado artículo 30 (Art. 33).

Decía que los extranjeros tienen ciertas limitaciones y prohibiciones en relación con los bienes, que están contenidas en la fracción I, del artículo 27 Constitucional.

Conforme a la mencionada fracción, los extranjeros están limitados para adquirir en las zonas indicadas a lo largo de las fronteras y de las playas. Esta prohibición para los extranjeros se traduce en una incapacidad de goce.

El derecho de los extranjeros para adquirir en otras zonas de la República está limitado; no se trata de una prohibición ni de una incapacidad de goce o de ejercicio, sino simplemente de una limitación. En efecto, dice la Constitución que los extranjeros podrán adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesiones, y podrán obtener concesiones de explotación de minas o aguas siempre que convengan en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar la protección de sus gobiernos. Esta convención que en nuestro derecho se establece como renuncia ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, es, la llamada "Cláusula Calvo".

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La fracción I del artículo 27 Constitucional ha sido regulada por la Ley Orgánica y por el Reglamento, que iniciaron su vigencia respectivamente el 21 de enero y 29 de marzo de 1926; están vigentes las disposiciones que no hayan sido derogadas por leyes posteriores, como la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 1973.

Esta última ley, impone la obligación a los notarios de insertar en los documentos en que intervengan, las autorizaciones que deban expedirse en los términos de esa misma ley (Art. 30).

La Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera desarrolla los principios establecidos en la fracción I, del artículo 27 Constitucional.

El artículo 7º de la mencionada ley determina la situación de los extranjeros para la adquisición de tierras y aguas de la siguiente forma:

> "Los extranjeros, las sociedades extranjeras y las sociedades mexicanas que no tengan cláusula de exclusión de extranjeros, no podrán adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas en una faja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 en las playas.
>
> Las sociedades extranjeras no podrán adquirir el dominio de las tierras y aguas u obtener concesiones para la explotación de aguas.
>
> Las personas físicas extranjeras podrán adquirir el dominio sobre los bienes a que se refiere el párrafo anterior previo permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores y la celebración del convenio a que se refiere la fracción I, del párrafo cuarto del artículo 27 Constitucional."

De esta disposición se desprenden las siguientes situaciones: 1. No pueden adquirir el dominio directo de tierras y aguas en los límites territoriales indicados en la Constitución: los extranjeros, las sociedades extranjeras y las sociedades mexicanas que no contengan cláusula de exclusión de extranjeros. Dada la generalidad de la disposición constitucional que sólo habla de extranjeros, esta ley determina a quienes alcanza la prohibición constitucional.

2. La adquisición de tierras y aguas y la concesión para explotar aguas está prohibida para los extranjeros, personas morales, pero no para los extranjeros personas físicas que deben solicitar el permiso correspondiente.

Los extranjeros sólo pueden intervenir en las sociedades en las que no existan restricciones especiales. Al respecto el artículo 5º dice:

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

"En las actividades o empresas que a continuación se indican, la inversión extranjera se admitirá en las siguientes proporciones de capital:

a) Explotación y aprovechamiento de sustancias minerales;

Las concesiones no podrán otorgarse o transmitirse a personas físicas o sociedades extranjeras. En las sociedades destinadas a esta actividad, la inversión extranjera podrá participar hasta un máximo de 49% cuando se trate de la explotación y aprovechamiento de sustancias sujetas a concesión ordinaria y de 34% cuando se trate de concesiones especiales, para la explotación de reservas minerales nacionales.

b) Productos secundarios de la industria petroquímica: 40%, y

c) Las que señalen las leyes específicas o las disposiciones reglamentarias que expida el Ejecutivo Federal.

En los casos en que las disposiciones legales o reglamentarias no exijan un porcentaje determinado, la inversión extranjera podrá participar en una proporción que no exceda del 49% del capital de las empresas y siempre que no tenga, por cualquier título, la facultad de determinar el manejo de la empresa.

La Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras podrá resolver sobre el aumento o la disminución del porcentaje a que alude el párrafo anterior, cuando a su juicio sea conveniente para la economía del país y fijar las condiciones conforme a las cuales se recibirá, en casos específicos, la inversión extranjera.

La participación de la inversión extranjera en los órganos de administración de la empresa, no podrá exceder de su participación en el capital.

Cuando existan leyes o disposiciones reglamentarias para una determinada rama de actividad, la inversión extranjera se ajustará a los porcentajes y a las condiciones que dichas leyes o disposiciones señalen".

"Para los efectos de esta ley, se equiparará a la inversión mexicana la que efectúen los extranjeros residentes en el país con calidad de inmigrados, salvo cuando, por razón de su actividad se encuentren vinculados con centros de decisión económica del exterior. Esta disposición no se aplicará en aquellas áreas geográficas o actividades que estén reservadas de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros o que sean materia de regulación específica.

La condición y actividades de los inmigrantes quedarán reguladas por las disposiciones de la Ley General de Población". (Art. 6º)

Esta disposición se refiere a los inmigrados. Recordemos cuáles son las calidades migratorias de los extranjeros reconocidas por la ley.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La Ley General de Población determina que éstos pueden tener el carácter de: a) No inmigrantes; b) Inmigrantes. (Art. 41.)

A) *No inmigrante,* es el extranjero que con permiso de la Secretaría de Gobernación, se interna temporalmente en el país, en calidad de: I) Turista; II) Transmigrante; III) Visitante; IV) Consejero; V) Asilado político; VI) Estudiante; VII) Visitante distinguido; VIII) Visitante local, y IX) Visitante provisional. (Art. 42.)

B) *Inmigrante,* es el extranjero que se interna legalmente en el país con el propósito de radicar en él, en tanto adquiera la calidad de inmigrado. (Art. 44.)

La calidad de inmigrante puede obtenerse como: I) Rentista; II) Inversionista; III) Profesional; IV) Cargo de confianza; V) Científico; VI) Técnico; VII) Familiares (Art. 48).

Finalmente, el inmigrante con residencia legal en el país durante cinco años, puede adquirir la calidad de inmigrado y de esta forma, adquirir derechos de residencia definitiva en el país. (Arts. 52 y 53.)

La Ley General de Población determina que los extranjeros pueden adquirir bienes inmuebles, derechos reales sobre éstos, acciones o partes sociales de empresas dedicadas al comercio o tenencia de dichos bienes, previo permiso de la Secretaría de Gobernación (Art. 66). No todos los extranjeros que se internan al país tienen derecho a obtener dicho permiso. El Reglamento de la Ley General de Población dispone que se le concederá sólo en casos excepcionales a criterio de la Secretaría al no inmigrante que sea visitante, consejero, asilado político, estudiante y visitante distinguido; no así al turista, transmigrante, visitante local y visitante provisional. (Art. 127, fracs. I y II.)

En cuanto al inmigrante, el permiso se le concederá para adquirir su casa habitación. Pero también podrán ser "autorizados para adquirir otros inmuebles, derechos reales o acciones o partes sociales siempre que dichas operaciones no contraríen su condición migratoria". (Art. 127, frac. III.)

Por su parte, el inmigrado puede obtener el permiso para adquirir cuando no se haya impuesto ese impedimento en el documento migratorio que le dio esa calidad. (Art. 127, frac. IV.)

Al referirnos a las disposiciones de la Ley General de Población dijimos que las limitaciones para adquirir inmuebles comprenden también los derechos reales sobre los mismos. Para los efectos del artículo 127 del Reglamento, en donde se establece, como se ha dicho en los párrafos anteriores, quienes tienen limitación o no para adquirir, se equipa-

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ran a los derechos reales, la propiedad, la posesión, la copropiedad, el condominio, el usufructo, los derechos o partes alícuotas sobre la propiedad de inmuebles, los embargos y los gravámenes respecto de los inmuebles. (Art. 127, frac. VII.)

Por último, el Reglamento permite que los extranjeros realicen cualquier otro acto de dominio sobre los inmuebles de su propiedad, sin requerir el permiso de la Secretaría o sea, la limitación existe para la adquisición, pero no para otros actos una vez que sean propietarios. (Artículo 127, frac. VIII.)

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal, de conformidad con el sistema constitucional federal, regula lo relativo a la adquisición de inmuebles por extranjeros.

> Art. 773. "Los extranjeros y las personas morales, para adquirir la propiedad de bienes inmuebles, observarán lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y sus leyes reglamentarias".

En resumen, el extranjero, persona física o moral, bajo ninguna circunstancia puede adquirir el dominio de tierras y aguas en las zonas prohibidas por la Constitución. Podrá hacerlo en cualquier otro lugar del territorio nacional, previo permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores y de Gobernación, siempre y cuando tenga la calidad migratoria que para tal efecto se exige.

Como lo expreso anteriormente, el notario, antes de intervenir en un acto notarial, necesita recabar de los extranjeros, ciertos documentos que comprueben su legal estancia en el país, y su derecho para realizar el acto jurídico o material de que se trate, y una vez otorgado, debe dar aviso a la Secretaría de Gobernación. (Art. 129, frac. I, del Reglamento de la Ley General de Población.)

En caso de que el notario no vigile que se cumplan estos requisitos, puede ser destituido de su cargo.

NOTA SEGUNDA

Operaciones en que interviene el Estado en la adquisición o enajenación de un inmueble

La Ley General de Bienes Nacionales, establece el uso de un protocolo especial que deben llevar los notarios del Patrimonio Inmueble Fe-

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

deral, para adquirir o enajenar "a título gratuito u oneroso de los bienes inmuebles propiedad del Gobierno Federal, o de los que integran el patrimonio de los organismos descentralizados federales", operaciones que "sólo podrá autorizarse mediante decreto Ejecutivo Federal, expedido por conducto de la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas" (Art. 59). En caso de existir precio, éste no podrá ser mayor, si se trata de adquisición, ni menor, en tratándose de enajenación, al señalado por el avalúo practicado por la Comisión Nacional de Avalúos.

Estos protocolos se encuentran regulados en los artículos 72 y 73 del mencionado ordenamiento, que establecen:

> Art. 72. "Los actos jurídicos relacionados con inmuebles que en los términos de esta Ley requieran la intervención de Notario, se celebrarán ante los Notarios del Patrimonio Inmueble Federal que nombrará la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, entre los autorizados legalmente para ejercer el notariado. El nombramiento se sujetará a las condiciones y trámites que se establezcan en los términos de esta Ley y sus reglamentos.
>
> Los notarios del Patrimonio Inmueble Federal llevarán protocolo especial para los actos jurídicos de este ramo, con sus respectivos apéndices e índices de instrumentos y con los demás requisitos que la ley exija para la validez de los actos notariales. Estos protocolos especiales serán autorizados por las autoridades locales competentes y por la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, quien realizará una revisión periódica de los mismos".
>
> Art. 73. "En los actos jurídicos sobre bienes inmuebles que realicen el Gobierno Federal y las entidades paraestatales en que de conformidad con esta ley, deban intervenir Notarios de Patrimonio Inmueble Federal, la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas determinará libremente quiénes deban hacerlo.
>
> Ningún notario del Patrimonio Inmueble Federal podrá autorizar una escritura de adquisición o enajenación de bienes inmuebles en que sean parte el Gobierno Federal o las entidades paraestatales, sin la intervención o aprobación previa de la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas.
>
> Los actos que autoricen o realicen en contravención a lo dispuesto en este artículo y en el anterior, serán nulos de pleno derecho".

Los testimonios de estas operaciones, además de ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad de la ubicación del inmueble, lo deben ser en el Registro de la Propiedad Inmueble Federal.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

No requieren de la autorización de la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, ni de la intervención del Notario del Patrimonio Inmueble Federal, las operaciones realizadas por las Sociedades Nacionales de Crédito, cuando adquieren inmuebles destinados a la prestación directa de sus servicios o con motivo de sus actividades normales. Tampoco se requiere si enajena el Gobierno Federal por conducto de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, en programas de vivienda y cuando el valor no exceda de diez veces el salario mínimo anualizado del Distrito Federal; ni cuando se trata de una donación en favor del Gobierno Federal o del Gobierno Federal a Estado o Municipio; ni en la enajenación de entidades a personas de escasos recursos para resolver necesidades de vivienda de interés social; ni en donaciones del Gobierno Estatal o Municipal en favor de la Administración Pública Federal.

Por lo que se refiere a los honorarios en este tipo de operaciones, los notarios no podrán cobrar más del 50% estipulado en el arancel.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 94, México, 1986.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.