

LABOR PREVENTIVA DEL NOTARIO

FRANCISCO DE P. MORALES *

PRIMERA PARTE. EL PODER DEL INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL

El hombre, con su razón, maneja ideas las cuales conducen a crear medios o herramientas que implican progreso continuo para todos sus congéneres, así, en la prehistoria, se descubre el fuego, lo cual le permitió defenderse del frío, iluminar parcialmente la oscuridad, cocinar los alimentos, etc. Otro buen ejemplo es la rueda, gran avance en materia de mecánica que le trajo al hombre innumerables beneficios. Muchos otros descubrimientos podemos citar, como la electricidad, televisión, computadoras, etc.

En materia jurídica también ha creado y proporcionado grandes herramientas para ordenar y encauzar el esfuerzo del hombre con objeto de facilitarle su pleno desarrollo, cooperando en esta forma al progreso de la Humanidad. Más difíciles de apreciar son los avances y progresos jurídicos ya que pertenecen al mundo intelectual y no al material.

En la actualidad el hombre ha ganado grandes batallas para establecer un sistema Democrático-Constitucional, la inmensa mayoría de los que gozan de este sistema no tiene conciencia del gran esfuerzo que significó obtener estos logros, también la mayoría de los ciudadanos se encuentran habituados a este tipo de vida jurídica, y no se imaginan las injusticias sufridas por esclavos en tiempos clásicos (griegos y romanos); siervos en las épocas medievales; el pueblo durante las monarquías absolutas; los obreros al principio de la era capitalista.

* Notario 60 del D. F.

El Mundo evoluciona constantemente y lo que ahora es la última palabra en materia socio-política, posiblemente resulte inadecuado para resolver nuevas necesidades sociales, claro ejemplo de esto, lo vemos en el grave desequilibrio social que ya marca dos grupos diferentes: Los poderosos, dueños de grandes patrimonios y los débiles, carentes de lo esencial para llevar una vida digna.

Pasemos ahora a la Institución Notarial, la cual es el resultado de varios milenios de evolución, esto es correcto porque el pueblo Egipcio desarrolló un sistema documentador con grandes virtudes, en efecto, contaban con *Scriba* especializado en contratos, y su trabajo se completaba con una especie de Proceso de insinuación, donde la autoridad religiosa o la autoridad civil, sancionaban el Documento elaborado por el *Scriba* egipcio, lo que proporcionaba al pueblo una eficaz herramienta jurídica, facilitando así la celebración de negocios entre particulares.

Curioso, pero Roma empieza su proceso notarial con juicios fingidos, ambas partes de común acuerdo acudían a los tribunales e iniciaban “el juicio fingido”, y así el acreedor demandaba al deudor la suma acordada, éste confesaba la demanda y el juez, sin otro trámite dictaba sentencia, de esta manera el acreedor obtenía una resolución del Estado, en este caso del poder judicial, que protegía en forma eficaz los derechos subjetivos derivados de la operación jurídica, previamente pactada, ahora, reforzada por la sentencia obtenida en este peculiar juicio.

El fino espíritu jurídico de los romanos clásicos pronto encontró mejor solución y la segunda etapa de esta evolución nos presenta la figura del *Tabellón*, *Scriba*, también especializado en contratos, quien elaboraba un documento, aceptado por las partes, lo presentaba al juez para su examen, si en opinión de este juez, lo encontraba conforme a Derecho, emitía una sentencia elevando dicho documento a la categoría de instrumento público.

El documento notarial se perfecciona siglos después y esto sucede cuando las facultades del juez para “elevar a instrumento público” son conferidos por el Estado a ese tradicional redactor de contratos. Este es el momento en que nace el notario moderno.

Como vemos, la evolución histórica nos enseña que sólo existen dos tipos de Instrumentos públicos, los emitidos por el Estado y los emitidos por Notario Público.

El ciudadano moderno no se imagina un tráfico jurídico sin la institución notarial y sin la institución de Registro Público de la Propiedad; sin ellas, la inseguridad jurídica reinaba, los propietarios

estaban en constante peligro de perder su propiedad, ya que era posible la existencia de un mejor derecho; los adquirentes de buena fe, no tenían protección eficiente, el fraude se facilitaba y por ello, abundaba.

Vale la pena exponer, en este momento, los principales efectos jurídicos del documento notarial, que por su antecedente histórico se derivan de una sentencia judicial y, por lo tanto, encontramos gran similitud.

1. **Fuerza ejecutiva.** Al igual que un título de crédito, frente a un documento notarial el juez de conocimiento está capacitado para dictar orden de embargo al inicio del juicio respectivo, esto permite asegurar en tiempo el pago del crédito y evita que el deudor oculte bienes al enterarse de un procedimiento judicial en su contra.

2. **Prueba plena.** En materia procesal, la dificultad de prueba es el gran dolor de cabeza de quienes pretenden hacer efectivos sus derechos. Repasemos las pruebas más usadas: La confesión, en otros tiempos la reina de las pruebas, actualmente es cuestionable; los testigos se encuentran devaluados y en pocos casos producen convicción contundente al juez; los documentos elaborados por particulares necesitan confirmación posterior; sólo los documentos públicos producen este efecto procesal tan valioso, el de PRUEBA PLENA, recordemos que sólo encontramos dos tipos de estos documentos, el emitido por el Estado y el emitido por el Notario.

3. **Presunción de legalidad y de legitimación.** El negocio jurídico a que se refiere un documento notarial debe ser aceptado por la comunidad como legal, si alguna persona pensara en forma distinta debe demostrar la ilegalidad del documento notarial ante un juez y pedir su nulidad. También el documento notarial está armado de la presunción de legitimidad, es decir la comunidad está obligada a aceptar que quien actúa ante notario tenía el poder jurídico para realizar el acto, contrato o negocio de que se trate, igualmente quien objete en esta materia, le corresponde probar lo contrario ante la autoridad judicial.

La protección de un documento notarial, es contemplada en toda Ley que sigue los lineamientos del Notariado latino, ya que las causas de nulidad de este documento, suelen reducirse al menor número posible y, por ello, están enumeradas de manera exhaustiva, es decir no se da la existencia de una causa no prevista por la ley, como tampoco es posible fabricar una nueva causal, aplicando criterios de analogía o mayoría de razón.

En esta forma la institución del notariado latino contribuye a la civilización y cultura actual, aportando un gran Instrumento, tan útil en el área jurídica, como lo es la rueda en el campo de la mecánica. Ahora los negocios de los particulares pueden celebrarse en un contexto de seguridad jurídica; y los derechos de los particulares cuentan con la certidumbre indispensable para su ágil circulación.

Frente a este poderoso documento, los que pretenden evadir el cumplimiento de sus obligaciones no sólo lo pensarán dos veces, sino también llegarán a la conclusión de que es inútil y costoso oponerse a un instrumento público notarial bien elaborado. ¿Quién va a la guerra si el contrario dispone de mejor armamento?

Además debemos considerar el efecto psicológico que el documento notarial produce en la población, buen ejemplo de esto nos lo ofrece la evolución que observamos en México, sobre el problema habitacional y la regularización de asentamientos humanos.

Por falta de recursos y por una explosión demográfica, la cual en alguna ocasión llegó a ser la más grande en el mundo entero, el Estado se vio imposibilitado a proporcionar vivienda a un buen número de ciudadanos, quienes se vieron en la necesidad de asentarse en predios cercanos, donde construyeron, con sus propias manos y con ayuda de vecinos y autoridades, precarias habitaciones. Con el tiempo el Estado proporcionó ciertos servicios públicos. Dentro de la evolución de este fenómeno social, se hizo imprescindible regularizar esta situación. Dicho fenómeno, fue objeto de profundos estudios, y en consenso con las partes involucradas, El Estado expropió los terrenos donde fueron elaborados esos hogares, procedió a realizar división de estas áreas, en lotes, conforme la realidad de esos asentamientos; a continuación el estado catastró los lotes que resultaron; se obtuvo, también su inscripción en el Registro Público de la Propiedad. Realizada esta labor las comisiones que intervinieron en este proyecto de gran envergadura social, llegaron a la conclusión que la mejor forma de titular esas pequeñas propiedades, era, sin duda, el documento notarial, el cual era el único aceptado por la población.

Este proceso nos muestra el efecto psicológico del documento notarial, las personas de escasas culturas y también los eruditos no se sienten seguros si falta la escritura pública, cuando menos así sucede en este país, y por las grandes virtudes del documento notarial no dudo que en otros países se den experiencias similares.

Incidentalmente esta acción gubernamental permitió a un buen grupo de ciudadanos acceder al crédito bancario, lo que significó un cambio radical en su situación financiera, ya que terminó su marginalidad en el campo de los negocios.

En 1897, Joaquín Costa, introdujo en la Doctrina Notarial Hispánica la célebre sentencia: "Notaría abierta, juzgado cerrado", esta metáfora ilustra el punto que debemos resaltar: La estructura del instrumento público notarial, por sí mismo, impide buena cantidad de litigios. Esta es una de varias funciones que presta nuestro Documento a la comunidad.

SEGUNDA PARTE. LA ELABORACIÓN DEL DOCUMENTO NOTARIAL Y LA FUNCIÓN PREVENTIVA

Al elaborar conforme a lo ordenado por la ley, automáticamente el notario incorpora al negocio de que se trate, una salud jurídica que permitirá a las partes realizar sus cometidos sin ningún contratiempo. Recordemos que el notario actúa en lo que los autores suelen llamar la normalidad jurídica, es decir cuando existe pleno consenso entre las partes. Otra vez recurrimos al ejemplo clásico: En una compraventa, el vendedor desea recibir su justo precio; el comprador, por su parte desea adquirir el inmueble en cuestión con objeto de habitarlo en unión de su familia, el notario deberá vigilar que ambas legítimas pretensiones se hagan realidad en una forma ágil, natural y definitiva, es decir que en el futuro no le reclamen la devolución del precio al vendedor, y que el adquirente disfrute de su propiedad tranquilamente, sin sorpresas posteriores, como vicios ocultos, o cuestionamientos sobre sus derechos. En otras palabras, las partes deben salir de la notaría y no volver a visitar un abogado en relación con ese negocio.

La institución del notariado misma descansa en este principio: seguridad jurídica, este es el campo propio de la Institución del notariado donde debemos dedicar nuestro mejor esfuerzo, en reforzar y asegurar los derechos subjetivos de las partes derivados de esos negocios donde intervenimos como notarios públicos.

Esta labor requiere grandes conocimientos jurídicos, debemos dominar, en su totalidad toda la ciencia del derecho conectada a nuestra profesión, somos profesionales y a éstos, no se le perdona ignorar alguna Ley o circunstancia concurrentes al negocio que nos ocupa. Recordemos que es parte de la institución notarial el capítulo de la responsabilidad, por ello cada notario tiene claro como

debe responder de su ignorancia, de sus descuidos, de su morosidad. Recordemos que la carga de la prueba, en esta materia es desplazada al notario, por esta razón, cuando exista un defecto en su instrumento público, deberá acreditar que no tiene culpa en su actuación; por el contrario, al cliente le basta con presentar la acusación y demostrar la falla en cuestión.

Por estas razones la elaboración del documento notarial requiere de un meticuloso proceso, el cual se da en la práctica Notarial mexicana. Del análisis de esta práctica observamos generalmente cuatro etapas.

La primera etapa la llamaremos primera audiencia; la segunda será denominada como calificaciones notariales; la tercer es titulada como configuración y redacción; y la última se refiere a la suscripción del documento.

Con objeto de precisar la labor preventiva del notario es útil referirnos a cada una de estas cuatro etapas y señalar la forma en que el notario previene, o al menos tiene la oportunidad de realizar, esta importante función.

PRIMERA AUDIENCIA

a) *Rogatoria*, recordemos que el notariado latino no puede actuar de oficio, es necesario que los particulares soliciten sus servicios, además, en su caso, las partes deben de estar de acuerdo en la elección. En toda profesión el público tiene derecho de elegir el doctor, arquitecto etc. de su confianza, en el Notariado se respeta ese derecho. En nuestra doctrina ese principio es conocido como de ROGATORIA, es el primer paso en este proceso, indispensable requisito el cual pone en marcha la función notarial.

La ROGATORIA puede ser expresa o tácita, esta última se da con mayor frecuencia pero el notario debe tener cuidado de incorporar al documento, la solicitud realñizada por sus clientes, de prestar sus servicios profesionales. La primera reunión, o la primera audiencia es la mejor ocasión para llenar este requisito.

La falla en llenar correctamente este requisito ofrece la posibilidad de cuestionar en alguna vía legal nuestro documento. En ocasiones deudores, usuarios o compradores, son coaccionados para aceptar determinado notario, máxime si la contraparte resulta ser una poderosa empresa. Es cierto que el derecho a elegir notario es renunciable y es lo que frecuentemente acontece con la parte débil, pero también es cierto que el abuso de la parte

poderosa a este respecto, puede impedir el libre juego de consentimientos y tipificarse con alguna causa de nulidad, dentro de algún ordenamiento legal, como la Ley del Consumidor, la Ley de Contratación, recientemente puesta en vigor en España, o dentro del Código Civil, vigente en materia federal en nuestro país como es el artículo 17 que transcribo para ustedes:

ARTÍCULO 17.—Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del otro, obtiene un lucro desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, mas el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

El derecho concedido en este artículo dura un año.

Como vemos la labor preventiva se presenta desde el inicio del proceso notarial y será preocupación constante mientras dure éste.

B) IDENTIFICACIÓN

El notario, en toda actuación, debe garantizar a la sociedad la identidad de toda persona que ante él comparece. Proporcionar esta certeza a la sociedad es el punto de partida para una adecuada circulación de bienes y derechos. De no estar debidamente resuelto este punto, la circulación se entorpecería ya que en el caso de una nueva operación, se estaría en desventaja para acreditar una identidad de personas que actuaron en el pasado, lo que significaría una tarea más complicada y una pérdida de precioso tiempo. Por ello el notario debe hacer esta tarea en el momento en que se celebre la operación, de manera definitiva y contundente.

Esta tarea es consuetudinaria, los notarios la hacemos con cada persona que comparece ante nosotros; no requiere de conocimientos jurídicos; el *Notary Public*, norteamericano, prácticamente es lo único que hace; por ello la hemos etiquetado de “elemental”, pero cuando lo elemental coincide con “lo fundamental”, estamos en presencia de un pilar de la institución del notariado y este es el caso de la labor identificadora.

Volvemos a usar el ejemplo clásico en esta materia, y es la *suplantación de persona*, los notarios de experiencia bien sabemos las nefastas consecuencias cuando en un contrato de compraventa sustituyen a la persona del vendedor, desde luego que se trata de

un fraude ya que alguien se enriqueció a base de engaños, pero el comprador, si es de buena fe, batallará para sacar adelante sus derechos. Como ustedes saben la institución registral ofrece protección pero se deberán dar las condiciones registrales exigidas en este caso. De todas formas, la posición del Notario es mala, ya que la labor de identificación a él confiada, falló.

En la legislación notarial mexicana tres caminos están previstos para realizar esta labor.

El primero de ellos es el tradicional, se requiere que el notario conozca personalmente a quienes comparecen ante él, digo tradicional porque las comunidades, antes de la explosión demográfica, eran pequeñas y era natural conocer personalmente a la mayoría de los concuadranos. Esas condiciones cambiaron con las actuales comunidades, pero toda evolución trae consigo sus propias soluciones y así es común contar con medios de identificación expedidos por el Estado, los cuales resuelven el problema de identificación notarial. El tercer camino se aplica cuando el notario no conoce a la persona y esta carece de documentos de identidad, en este caso el único camino es recurrir a dos testigos de identidad, con los cuales se debe realizar también la labor de identificación.

Cualquiera de los caminos utilizados por el notario deberá constar en el documento público, en México se utiliza en la inmensa mayoría de los casos identificar con documento oficial, del cual, una copia cotejada, se agrega al apéndice de la escritura.

La buena identificación deja en el camino triviales alegatos, o al menos, facilita su desecho por la autoridad.

C) CAPACIDAD DE LAS PARTES

La salud mental de las partes es necesaria para otorgar consentimiento contractual válido, a este respecto el notario también tiene una labor a realizar. Partiendo de la base que no es médico, el notario deberá observar a los comparecientes, quienes si manifiestan signos externos de incapacidad mental, deberá suspender el proceso notarial. Por el contrario, si su actitud es normal, así lo expresará en su escritura pública.

Enfermedades como el "Alz-Heimmer y otras, son difíciles de detectar aun por siquiátras, por lo tanto la labor del notario en esta área no puede tener la profundidad suficiente. Sin embargo el notario que se encuentre en duda por cualquier motivo, puede solicitar la intervención de expertos para que examinen a esa per-

sona y dictaminen sobre su salud mental. En estos casos el señor notario puede detener la firma de la escritura hasta contar con los elementos que garanticen un feliz resultado.

La salud mental de alguno de los comparecientes es tema frecuente de demandas de nulidad del instrumento notarial, por lo mismo aquí encontramos un buen campo para la previsión de futuros litigios, por esta razón el notario deberá poner cuidado al realizar esta labor.

Tanto la labor de identidad, como la observación notarial sobre la salud mental a que hemos aludido, preparan en esta primera audiencia, el camino para la calificación sobre la Legitimidad del negocio que hablaremos posteriormente.

D) LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

En esta primera audiencia, el notario escuchará a cada parte, y ayudará, partiendo de su experiencia y conocimientos a que esa voluntad sea expresada, hasta donde sea posible, en forma exhaustiva. El notario deberá comprender a las partes y para ello deberá dedicar el tiempo que sea necesario y realizar las actuaciones que crea conveniente para lograr esta finalidad.

Es obvio que una mala interpretación de la intención de los comparecientes, traerá problemas, controversias y en ocasiones juicios, lo cual aparte de los daños ocasionados al cliente, podría traer consigo consecuencias de responsabilidad notarial.

Conocer la voluntad de las partes prepara el camino para posteriores actividades que se darán dentro de este proceso, como son el estudio del negocio, calificaciones del mismo como legal y legítimo, configuración notarial y adecuada redacción del texto el cual será el contenido de nuestro documento.

SEGUNDA ETAPA. CALIFICACIONES NOTARIALES

Dentro de este proceso, el notario deberá emitir juicio en relación con el negocio que contempla con objeto de definir su *LEGALIDAD Y LEGITIMACIÓN*.

Si son suficientes los elementos recabados, el notario procederá a comprobar que todos los requisitos exigidos por las leyes que convergen al negocio de que se trata, han sido satisfechos. Además, el notario deberá convencerse a través de un serio estudio que el negocio está de acuerdo con la legislación del lugar en que

se celebra. Este convencimiento es un juicio tácito, de legalidad. En este sentido el notario actúa de policía legal e impide la celebración de negocios ilícitos, dando un servicio de sanidad jurídica, la cual, como consecuencia, evitará buen número de conflictos posteriores.

A este respecto conviene recordar, para mejor comprensión de esta función notarial su antecedente histórico y volvamos nuevamente con el Tabellón Romano que solicitaba al juez en el “procedimiento de insinuación”, por la vía de jurisdicción voluntaria, examinará el negocio en su legalidad, y de estar adecuado, declarará legal el negocio en cuestión.

El Notario debe también cerciorarse de la LEGITIMIDAD del negocio que ante él se lleva a cabo, para ello deberá examinar la capacidad de cada compareciente y definir, conforme a su criterio, que cada compareciente tenía el poder para celebrar el acto jurídico de que se trate. En otras palabras deberá garantizar a la comunidad que no existe incapacidad, natural o legal que limite o impida a una de las partes, celebrar el negocio en la forma que pretendían. Esta labor es conocida en la doctrina como el principio de LEGITIMACIÓN, implica, también, que el notario califique de LEGÍTIMA cada operación a él confiada.

Así en un contrato de compraventa, el notario deberá cerciorarse de la identidad del vendedor, explorar su salud mental y checar que no exista impedimento legal para celebrar esa operación. Igualmente deberá proceder con el comprador.

Para mejor comprensión de esta actividad legitimadora recordemos que, cuando menos en mi país, existen incapacidades de tipo legal que afectan determinadas operaciones en casos excepcionales como por ejemplo, cuando se trata de magistrados, jueces, el ministerio público, los defensores oficiales, los abogados, los procuradores y los peritos no pueden comprar los bienes que son objeto de juicios en que intervengan. Tampoco podrán ser cesionarios de los derechos que se contengan sobre los citados bienes; dispone el artículo 2276 del Código civil vigente en el Distrito Federal.

Como vemos de celebrarse una compraventa violando esta disposición legal será nulo, tanto el negocio como el documento notarial que lo contiene, ya que el o los adquirentes no son capaces de adquirir la cosa objeto de la operación.

Otras prohibiciones podemos encontrar en nuestra basta legislación pero la intención nuestra es sólo ejemplificar no exponer exhaustivamente las incapacidades en nuestro Derecho.

Cuando el acto es ejecutado por persona física por su propio derecho, la labor legitimadora se reduce a identificar y observar la capacidad mental; si quien actúa, representa otra persona física, el notario deberá relacionar el mandato correspondiente, cerciorándose previamente que es suficiente para ejecutar el acto de que se trate.

Más complicada es esta labor cuando interviene persona moral ya que es necesario, además, acreditar en el documento notarial la legitimad de la actuación de la persona física que comparece representando a una empresa, sociedad, asociación, fundación o el Estado. En estos casos, es necesario hacer relación del órgano social el cual tenía la capacidad legal para nombrar representante o apoderado; así como del mecanismo requerido para que ese órgano actúe legalmente. Complicada labor en verdad ya que cada ente moral tiene sus propias estructura y es necesario conocer su funcionamiento en esta variedad de personas morales; sin embargo es deber del notario proporcionar al público y autoridades, las constancias que, sin lugar a duda, acrediten la capacidad jurídica de quien actúo y con ello, la legitimación del acto o negocio de que se trate.

Las mismas consideraciones sobre el principio de legalidad en materia notarial son aplicables a este principio de legitimación.

Como vemos la Institución del notariado proporciona suficientes principios, los cuales bien utilizados por un buen notario, no sólo refuerzan jurídicamente el documento, sino que, además evitan conflictos posteriores. Podemos afirmar que toda la institución del notariado está diseñada para cumplir este objetivo.

TERCERA ETAPA. CONFIGURACIÓN Y REDACCIÓN

Es el maestro español José María Sanahuja y Soler quien maneja el concepto de *Configuración* y al respecto nos dice:

El notario asiste como cosa natural a la génesis y desarrollo del negocio jurídico que se somete a su autorización y despliega una labor de dirección y ajuste, a fin de adecuar el acto al interés de las partes y la Ley. Llamamos configuración jurídica a esta labor, es decir, a la acción de aplicar un determinado hecho los conceptos formativos necesarios para la realización del supuesto previsto en la Ley, conforme al interés de las partes.

Es condición prevista o simultánea a la autenticación del acto.

Mediante ella el notario imprime en la materia económica o moral que se le ofrece, la forma jurídica interna que constituye la base de la forma externa o instrumental (1945 Tomo I: 57).

A este respecto, en el libro *Derecho Notarial Mexicano*, del cual soy el autor, se afirma:

Es pues esta actividad notarial lo que podíamos llamar un arte, ya que el notario moldea la voluntad de las partes y, dentro de la riqueza que el derecho nos ofrece, elige la fórmula jurídica que permita realizar plenamente el negocio planteado por los clientes. Buscar y encontrar la mejor fórmula jurídica dónde descargar la voluntad de las partes es responsabilidad del notario, ya que actúa no sólo como profesionista sino dentro de una especialidad.

En esta forma si realizamos correctamente esta configuración jurídica nuestros clientes estarán en la mejor posición para ejercer sus derechos derivados del negocio jurídico, sin ningún tropiezo, lo que constituye uno de los objetivos del servicio notarial. La seguridad jurídica y la circulación del bien o derecho derivados del contrato celebrado ante notario, están en la mejor forma establecidas.

Partiendo de una buena configuración la redacción se facilita, sin embargo ésta es otra tarea delicada a cargo del notario, ya que deberá precisar el texto del documento, los elementos esenciales del contrato, y aquellas circunstancias que conforme su criterio jurídico, merezcan ser mencionadas. Su estilo literario deberá ser claro y preciso, a fin de evitar confusiones e imprecisiones que conduzcan a una problemática interpretación, la cual haga necesario acudir a un juez para resolver el problema.

En todas estas actividades notariales encontramos dos elementos que están ligados; por un parte es propio del notariado evitar conflictos posteriores a la firma de su escritura pública, por otra parte es también responsabilidad del notario hacer bien su trabajo, por lo que no debe estrañarnos la dualidad que se presenta como regla general: conflictos sobre el documento notarial casi siempre trae aparejada responsabilidad notarial.

Sobre configuración y redacción volveremos en la tercera parte de este trabajo la cual se refiere a la creatividad notarial.

SUSCRIPCIÓN DEL DOCUMENTO

Estamos en presencia de la última oportunidad de evitar conflictos posteriores y es la suscripción del documento. Una vez elaborado el notario cita a una segunda Audiencia para realizar el acto solemne de la suscripción, autorización y con ello expedición del instrumento público notarial. Como todos hemos experimentado se procede a la lectura y, acto seguido el notario explicará el valor y las consecuencias legales del acto o negocio jurídico que se lleva a cabo.

En esta explicación los clientes comprenderán los vínculos y derechos jurídicos que contraen o adquieren, por ello, el Notario dedicará el tiempo necesario y, con sus conocimientos y experiencia, estará en posición de resolver dudas, mal entendidos y confusiones que las partes puedan presentar.

Entender el sentido de la contratación para cada parte es indispensable, ante la menor duda de uno de los comparecientes el notario evaluará la situación y estará en posibilidad de aplazar la suscripción de la escritura o en casos graves, excusarse, ya que es su deber evitar la celebración negocios no comprendidos, por alguna de las partes.

Debemos de considerar que un contrato es Ley entre las partes y que el vínculo jurídico derivado del mismo puede ser asfixiante en ocasiones, una situación jurídica nueva puede modificar patrimonios y estatus jurídicos, en forma tal que se vuelvan una carga pesada y a veces inaguantable para algún contratante; máxime si esa nueva situación está determinada en el documento más poderoso del medio jurídico.

Lo anterior demuestra la importancia de la función notarial, el gran servicio que podemos proporcionar a la sociedad, evitar no sólo futuras controversias o litigios sino también daños patrimoniales o morales a nuestro conciudadanos, es una hermosa oportunidad que nos da la vida, aprovechémosla, ejerzamos dignamente nuestra profesión.

TERCERA PARTE. CREATIVIDAD NOTARIAL

Configurar o sea imaginarse la mejor solución jurídica para el negocio que pretenden celebrar los particulares, es, en sí misma, una actividad creativa. En ocasiones el notario dirige a las partes por una vía consuetudinaria y a la vez sencilla, como en caso de

una compraventa, este contrato resulta el más explorado, estudiado y reglamentado y a primera vista, no presenta campo para una labor creadora, sin embargo, el notario debe, en cada caso, elaborar, “un traje a la medida” como diría un buen sastre.

En toda operación hay circunstancias que le son propias y allí, el talento del notario puede actuar y ofrecernos nuevas fórmulas para resolver los problemas que presente el tráfico jurídico.

Otro factor preliminar que debemos abordar se refiere a la **TÉCNICA DE REDACCIÓN**. Nuestra tesis al respecto se deriva de los lineamientos del sistema jurídico Latino, el cual nos proporciona legislación sistematizada en ordenamientos legales que llamamos Códigos. En esta forma el Código Civil, da los lineamientos para establecer una adecuada redacción.

El primero de estos lineamientos se refiere a la división entre **CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS**; los primeros, como se recordará aparecen reglamentados, con lujo de detalle, cuando menos en el contrato de compraventa; así mismo los contratos innominados, o sean los que no son nombrados en el código, también gozan del beneficio de la previa reglamentación, ya que le serán aplicables los preceptos establecidos al contrato nominado que más se parezca al contrato innominado. A este respecto el artículo 1858 de nuestro Código Civil, establece:

ARTÍCULO 1858.—Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueran omisas, por las disposiciones del contrato con el que más tengan analogía de los reglamentados en este ordenamiento.

Una segunda circunstancia que debemos tener en cuenta para una buena configuración y redacción la encontramos también en el Código Civil cuando nos presentan 3 tipos de cláusulas: esenciales, naturales y accidentales.

Las cláusulas esenciales son las encargadas de definir objeto y consentimientos, en cada contrato que, por cierto, son también los dos elementos esenciales del acto jurídico. (El tercer elemento tradicional, la “causa”, fue suprimido en nuestra legislación como elemento esencial del acto jurídico)

Las cláusulas naturales, también llamadas sustitutas están presentes en los contratos, su finalidad es completar la voluntad de las partes y proteger sus derechos; operan aún en el caso en

que no aparezcan en el texto del contrato, a continuación transcribo los 2 artículos que se encuentran en el Código Civil citado, los cuales instituyen este tipo de cláusulas.

ARTÍCULO 1796.—Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley, desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la Ley.

ARTÍCULO 1839.—Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sea consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la Ley.

Cada contrato participa de este sistema, ahora ejemplificaremos cláusulas sustitutas o naturales con 3 ejemplos. El primero de ellos se refiere a todo tipo de contratos y, en nuestra opinión es la cláusula sustituta por excelencia, el segundo y tercer ejemplo son aplicables a casos de transmisión de propiedad:

I. Artículo 1949.—La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las en las recíprocas, para el caso en que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe, el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultare imposible.

II. Artículo 2120.—Todo el que enajena está obligado a responder de la evicción, aunque no se haya expresado en el contrato.

III. Artículo 2142.—En los contratos conmutativos, el enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa enajenada que la hagan impropia para los usos a la que se les destina, o que disminuyan de tal modo su uso, que al haberlo conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa.

Las disposiciones citadas y otras que se encuentran en los ordenamientos legales establecen este tipo de cláusulas las cuales, atendiendo a sus efectos, regulan diversas relaciones jurídicas y, repito, operan, obligando u otorgando derechos a las diversas partes. Desde luego, pueden ser reguladas por pactos expresos, en este

caso estamos en presencia del tercer grupo de cláusulas, denominadas auxiliares o accidentales.

Por medio de este último de cláusulas podemos aumentar, disminuir o anular los efectos de las cláusulas naturales, en la mayoría de los casos, ya que en ocasiones, estas cláusulas confieren derechos fundamentales y por esta razón, no están colocadas en el ámbito de la libre contratación.

Las cláusulas auxiliares no se limitan a regular a las naturales, amplia función tienen por delante, ya que son las herramientas para definir todo los renglones que no son propios de las cláusulas esenciales y naturales. En esta forma son utilizadas para establecer variantes en la los tiempos, lugares y forma de la entrega de la cosa o del pago de precio; son utilizadas también para reglamentar el mecanismo para una fluida actuación de los órganos sociales de una empresa, etcétera.

Poco campo de maniobra encontramos en lo que se refiere a cláusulas esenciales y naturales, ya que, el Código respectivo, recabó la creatividad de juristas de todo el mundo que, por siglos, proporcionaron nuevas fórmulas y con ello, dicha creatividad, fue institucionalizada; La conclusión de estos pensamientos se asoma y por ello es oportuno expresarla: "El mejor lugar para darse la creatividad notarial se encuentra en las cláusulas sustitutas o auxiliares".

Volviendo a la configuración notarial, podemos establecer que en este campo la creatividad notarial, de darse, se referirá al fondo del negocio, en cambio en la redacción, el notario aplicará su talento para una creación de forma, o sea en la parte externa del documento.

Elegir la mejor solución jurídica para resolver el negocio de los clientes significa una profunda labor intelectual, la cual parte de una formación jurídica plena, meritoria sin duda, pero, me pregunto, ¿hasta dónde es una creación jurídica?

En negocios sencillos y ampliamente conocidos la creación será difícil de darse, sin embargo, el notario puede encontrar soluciones prácticas que ahorren tiempo, molestias y tal vez controversias a sus clientes, como reglamentar el pago de sumas de dinero por transferencia electrónica o incorporando al contrato la solución que proporciona el sistema de arbitraje.

Otras situaciones existen en la realidad jurídica, pero para los fines de ejemplificar, creemos que estos dos casos son suficientes.

Cuando se trata de negocio de mayor complejidad, como por ejemplo un desarrollo inmobiliario en que se agrupan dueño de terreno, financiero y constructor, con la finalidad de construir y vender residencias, departamentos y oficinas, hay, evidentemente, mayor campo para la configuración notarial, en este caso el notario deberá recurrir a varias figuras jurídicas, celebrar diversos contratos, posiblemente innominados, elegir la mejor solución que el campo jurídico ofrezca, establecer una plataforma para facilitar cuestión fiscal y, sobre todo, evitar la posibilidad de futuros conflictos.

Cuando se trata de lagunas de Ley, las cuales se presentan con mayor frecuencia por novedades que la técnica moderna no se cansa en proporcionarnos, el notario, en su actividad previsor, ofrece a menudo soluciones que posteriormente el legislador toma en cuenta y, en esta forma el notariado coopera con el Poder Legislativo.

Es oportuno dejar en claro que la creatividad notarial debe estar al servicio de la comunidad, no para indicar caminos para defraudar a la ley o a despojar derechos de particulares; la ética notarial nos da los criterios en este particular, pero en relación con nuestro tema podemos establecer que, esa creatividad, entre otras finalidades, debe estar enfocada en evitar la previsión de futuras controversias, de otra forma, faltaríamos no sólo a la ética, sino también a la deontología notarial.

CUARTA PARTE. ARBITRAJE Y CHICANAS

En la actualidad existe una corriente sobre este tema, algunos países hispánicos han desarrollado estudios para demostrar e implantar en sus sistemas jurídicos el arbitraje notarial.

Partiendo de la base en la congestión actual de los tribunales que se observa, cuando menos en mi país, y si consideramos además los tiempos que requiere un proceso judicial por más claro y simple que éste sea, se ha fortalecido la idea de evitar los tribunales por medio de la institución del arbitraje.

En materia internacional observamos que los tratados de libre comercio establecen sus propios mecanismos para aclarar derechos de cada país participante y que a menudo recurren al arbitraje internacional.

En materia notarial, la corriente actual demuestra las bondades de este sistema y recomienda el uso de la cláusula de arbitraje

en cada instrumento público, o sea que las partes, si así lo cren conveniente, pacten desde el nacimiento formal del negocio acudir al arbitraje para resolver dudas, confusiones, o malas interpretaciones que en el futuro puedan presentarse.

Esta cláusula significa el primer paso, el segundo consiste en un arbitraje especializado, o sea que el árbitro sea experto en esos negocios, lo que nos lleva a los colegios notariales.

En la nueva Ley del Notariado para el Distrito Federal, se establece la posibilidad de un arbitraje notarial el cual se llevaría a cabo por medio del Colegio de Notarios.

El arbitraje es una cura ágil, ahorra tiempo y dinero; sin embargo algo hay que curar, y eso significa que la actividad previosa no se realizó en su plenitud, a este respecto debemos también establecer que los notarios no son ángeles sino seres humanos y por mayor cuidado que pongan en su función algo puede escapar a su previsión.

También tenemos que considerar que la malicia de la gente es impredecible y que, en ocasiones, cuestionan claros textos de un documento notarial o derechos subjetivos adecuadamente adquiridos, muchas veces por ganar tiempo o por otro tipo de razones, frecuentemente de tipo personal.

Por estas razones no podemos dejar de considerar otro aspecto de nuestra realidad: LAS CHICANAS.

Curioso pero el notario debe prever también las malas artes procesales y estar al tanto de estos malos usos de los litigantes. A este respecto proporciono a ustedes un ejemplo que a los notarios mexicanos nos ha costado “sangre profesional”.

En relación a la actuación en el proceso judicial de apoderados o representantes, especialmente cuando se trata de personas morales, se puso de moda en el mundo del litigio, atacar la personalidad previamente, esto es sin ocuparse del fondo del negocio. Por evidentes lagunas legales esta actitud producía atractivos frutos, ya que en la mayoría de los casos lograban detener el proceso judicial y en otras ocasiones podrían lograr la caducidad o la prescripción de los derechos ejercidos por su contraparte.

Algunos de los argumentos de los litigantes tenían contenido doctrinal y profundidad pues no dejaron de examinar, con lupa, hasta el más insignificante detalle de nuestro documento.

Los jueces de buena fe se encontraron sin soporte legal para decidir y por ello, los llamados “palos procesales”, fueron dados a un buen número de notarios.

Esta situación provocó un movimiento jurídico que llegó a la Suprema Corte de Justicia, la cual definió criterios para proceder en esta área en varias ejecutorias, con esta base, las reformas jurídicas no tardaron en aparecer. Los notarios, por su parte, lograron también reformas jurídicas que facilitan a los señores jueces resolver, con buen criterio, esta problemática.

Esta serie de experiencias, enseñó a los notarios mexicanos que no basta adecuar a la Ley el negocio jurídico, llenar los requisitos exigidos, es necesario ir más allá, se hace indispensable conocer el medio judicial, sistematizar las chicanas utilizadas y buscar los mecanismos para evitar que juez se encuentre en difícil posición para decidir este tipo de negocios.

Antes de jurisprudencia y reformas legales los notarios aplicamos el pragmático principio que “más vale que sobre a que falte” y como consecuencia, agregamos a nuestros documentos “hasta el perico” utilizando léxico popular, evidentemente para evitar estas chicanas. Comprenderán ustedes que el volumen de nuestros instrumentos creció, al igual que sus costos.

Por ello el sistema de arbitraje esquivo el proceso judicial, el cual es el campo propio para las chicanas. Con la cláusula arbitral y un buen sistema a este respecto, la posibilidad de juicios eternos se reduce.

Sin embargo la lucha entre el bien y el mal es interminable, y ello da lugar a una evolución, provechosa la mayoría de las veces, ya que nos presenta ocasión de ejercer nuestra creatividad, tanto a los buenos como a los malos.

ADVERTENCIA

Observará el lector las pocas citas que contiene este trabajo, la razón de esto es que los conocimientos aquí manejados se encuentran en la obra *Derecho Notarial Mexicano*, de la cual soy autor. En esta forma suplico al lector que requiera mayor profundidad, en los conceptos aquí vertidos, en los fundamentos de las consideraciones realizadas, o en otras particularidades de este trabajo; acudan a la obra mencionada, en la cual, inclusive, encontrará la bibliografía correspondiente.

Esta obra fue publicada este mismo año, por la Asociación del Notariado Mexicano A.C. En caso que exista interés por adquirirla, suplico dirigirse a esa asociación.