

TEMA I

LA IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO: GARANTÍA DEL ORDEN CONTRACTUAL

Coordinador:

DAVID FIGUEROA

Ponentes:

**DR. BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO
ALFREDO GONZÁLEZ SERRANO
DAVID FIGUEROA MÁRQUEZ
ANTONIO GARCÍA MEDINA
ERICK SALVADOR PULLIAM ABURTO**

ÍNDICE

NOT. BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

1. La imparcialidad del notario: garantía del orden contractual .	95
1.1. Concepto	95
1.2. Independencia substancial, económica y personal	97
1.3. Función de asesoría	97
1.4. Función de redacción	97
1.5. Función de certificación	97
1.6. Función de expedición	97

NOT. ALFREDO GONZÁLEZ SERRANO

2. Prohibiciones e incompatibilidades en el ejercicio de la función notarial	101
2.1. Deber de abstención	101
2.2. Deber de respeto al ámbito competencial	104
2.3. Deber de servicio y respeto a la legalidad	105
2.4. Cargos, comisiones o mandatos	105
2.5. Sanciones	107

NOT. DAVID FIGUEROA MÁRQUEZ

3. La imparcialidad. Atributo de la función notarial	108
3.1. La imparcialidad del notario en relación con el juez	108
3.2. La imparcialidad del notario en relación con el servidor público	113
3.3. La imparcialidad del notario y la parcialidad del abogado	119
3.4. La imparcialidad del notario en la jurisprudencia	124

NOT. DAVID FIGUEROA MÁRQUEZ

4. La imparcialidad del notario en asuntos extrajudiciales y sucesorios	129
4.1. El notario como consultor	129
4.2. El notario como árbitro	133
4.3. El notario como mediador	136
4.4. El notario como auxiliar de la administración de justicia	138
4.5. El notario ante los abusos en la contratación (contratos de adhesión y condiciones generales de contratación)	146

NOT. ANTONIO GARCÍA MEDINA (Estado de Jalisco)

NOT. HORACIO HIDALGO MENDOZA (Estado de Puebla)

5. La imparcialidad del notario en el derecho positivo mexicano	151
5.1. Legislación notarial mexicana	151
a) La imparcialidad de la seguridad jurídica notarial	151
b) La imparcialidad del notario en los procesos electorales: "Garantía de la democracia efectiva".	164

NOT. ERICK SALVADOR PULLIAM ABURTO

5.2. Ley de transparencia y fomento a la competencia en el crédito garantizado	174
5.3. Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales	193

1. LA IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO: GARANTÍA DEL ORDEN CONTRACTUAL

NOT. BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

1.1. CONCEPTO

El primer congreso internacional de la Unión Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires en 1948 definía al notario como "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. En su función está comprendida la autenticación de hechos."

Ahora bien, en cuanto a la imparcialidad del notario, objeto de este tema, ésta es una de las columnas en que se apoya la función notarial. Se le define como "Falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud."*

Hoy como siempre el notario se encuentra presionado por los intereses de los poderosos, sea el Estado o los grandes consorcios (bancos, despachos de abogados o contadores, inmobiliarias), que por su gran fuerza política y económica, tratan de doblegar la imparcialidad del notario a su favor en contra del consumidor. Esta presión es mayor cuando existe una relación de dirección y dependencia económica de estos proveedores.

Asimismo, el notario en un afán de obtener más ingresos, en ocasiones se responsabiliza a patrocinar asuntos contenciosos que lo convierten en juez y parte, distrayéndolo y desvirtuando su ocupación de fedatario.

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

* *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Espasa Calpe, 22ª ed., Madrid, 2001.

La imparcialidad en sí, está integrada por varios valores como la verdad; el bien común; la justicia distributiva que persigue la igualdad entre todos frente a la ley y los servicios, valor democrático importante. Como medio preventivo el legislador en todos los tiempos ha buscado la manera de preservar al notario de todo vínculo de parcialidad.

Cuando el notario actúa debe hacerlo libre de cualquier nexo que le impida aconsejar a las partes y redactar los instrumentos con intereses distintos a los de la equidad, la justicia y la seguridad jurídica. Cuando se comparece ante un notario para solicitar la prestación de sus servicios, se está convencido que el fedatario actuará imparcialmente protegiendo los intereses de ambas partes.

Este deber de imparcialidad es especialmente significativo en los países subdesarrollados, donde existe analfabetismo e ignorancia del derecho, toda vez que las personas requieren de un especial asesoramiento y protección jurídica. También "hay que practicarla principalmente con el cliente subdesarrollado, con la pobre viuda, voluble e irresoluta, que no sabe lo que quiere, con el que atraviesa una grave crisis económica, con los matrimonios desavenidos, y con esta juventud impaciente, audaz y extraviada, procurando corregir el ademán airado, la palabra violenta o la impronta de la insumisión."*

¿Por qué en todos los tiempos y en la mayoría de los países se ha establecido la forma notarial para la venta de inmuebles, otorgamiento de testamentos, etcétera? Esto es, porque con la intervención del notario:

- Se obtiene claridad en las circunstancias y contenido de los contratos.
- Se garantiza la existencia de lo ocurrido ante su fe, constituyendo una prueba con valor irrefutable y fuerza ejecutoria.
- Se evitan las nulidades en los contratos, pues interviene un técnico calificado.
- Se orienta a las partes en forma imparcial, previniéndolas de decisiones poco meditadas o precipitadas.
- Sirve de medio para alcanzar una publicidad reconocible por terceros.
- El notario se responsabiliza de la redacción y legalidad del instrumento, a tal grado que provocada la nulidad de la escritura otorgada ante su fe, responde de los daños y perjuicios.

* Faus Esteve, Ramón, "Examen de conciencia a los 100 años de la ley", en *Jornadas Notariales de Poblet —años 1962-1971— con la colaboración de los Colegios Notariales de Barcelona, Zaragoza, Valencia, Madrid, La Coruña, Valladolid, Baleares, Sevilla y Burgos*, Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1974, p. 37.

- El notario es eficaz y responsable coadyuvante de las leyes administrativas y fiscales.
- Con la existencia del protocolo se garantiza la conservación del instrumento y la posibilidad de su fiel reproducción.

1.2. INDEPENDENCIA SUBSTANCIAL, ECONÓMICA Y PERSONAL

El notario debe gozar de independencia para tomar libremente sus decisiones, de acuerdo con los valores de justicia, equidad, seguridad jurídica. La independencia fomenta la creatividad y la imaginación en la construcción y redacción de contratos que se adecuen a las necesidades de ambas partes. El notario se debe liberar de la imposición de esquemas, contratos de adhesión y condiciones generales de contratación impuestos por una de las partes, normalmente la más poderosa. También debe tener independencia económica y personal para no sentirse obligado a consignar en su protocolo este tipo de contratos, al depender económicamente de un solo cliente, institución bancaria o cualquier otra dependencia. En este sentido, las organizaciones notariales deben de cuidar y auxiliar a los nuevos notarios que se inician sin trabajo y que pueden ser presas fáciles de los consorcios (bancos, despachos de abogados o contadores, inmobiliarias).

1.3. FUNCIÓN DE ASESORÍA

1.4. FUNCIÓN DE REDACCIÓN

1.5. FUNCIÓN DE CERTIFICACIÓN

1.6. FUNCIÓN DE EXPEDICIÓN

Con pequeñas variantes en el transcurso del tiempo, han existido obligaciones permanentes que los notarios deben cumplir. Siempre se ha esperado de ellos una actuación moral calificada que se ha exigido en las normas jurídicas.

Hoy en día el quehacer del notario consiste en escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar, conservar y reproducir el instrumento. Tal función se desarrolla como ahora veremos:

Escuchar

Cuando alguna persona desea celebrar algún contrato, otorgar su testamento, levantar una fe de hechos o se encuentra envuelta en un problema jurídico, acude al notario. En una primera audiencia, le confía y plantea sus conflictos y deseos. El notario lo escucha con atención y trata de conocer todas las circunstancias que le permitan entender la inquietud de las partes y sus alcances. En el bosquejo de las situaciones presentadas a su consideración, tal vez existan matices que por su alcance, es preciso aclarar. Es probable que, una vez que el notario les hace conocer las leyes y las consecuencias jurídicas de sus actos, los clientes adviertan que se encuentran en una situación que ni siquiera se imaginaban.

Interpretar

El notario, después de escuchar a sus clientes, se sensibiliza y busca los motivos y causas que han tenido para querer llevar a cabo una operación. Así, conoce sus deseos, interpreta su voluntad y según los medios a su disposición, abre un abanico de posibilidades para satisfacer la voluntad del cliente dentro del ámbito jurídico.

Aconsejar

Una vez que las partes han planteado claramente sus problemas y el notario ha interpretado exactamente su voluntad, éste, con su repertorio jurídico, puede dar un consejo jurídico eficaz y concreto. Es muy frecuente que un planteamiento jurídico tenga soluciones diferentes. Entre los caminos a seguir pueden encontrarse los típicos o 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 que más se adecua a los hechos presentados por sus clientes.

Preparar

Para la preparación y redacción de una escritura pública, se necesita cumplimentar requisitos previos a la firma. Por ejemplo, en las traslativas de dominio de un bien inmueble, debe obtenerse el certificado de libertad de gravámenes del predio por parte del Registro Público de la Propiedad; la identificación plena de los contratantes;

contar con el título de propiedad; tener el 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; la actualización del pago de impuestos predial y del servicio de agua; en caso de extranjeros, el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para adquirir el inmueble, etcétera. Satisfechos los requisitos se inicia el proceso de redacción del instrumento.

Redactar

Para la redacción es necesario que el notario se exprese con propiedad, claridad y concisión; además, debe utilizar un lenguaje jurídico y su exposición ha de ser lógica.

Las partes han expuesto 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 que vuelca su creatividad de profesional del Derecho y por tanto, busca que por igual y en forma equitativa las partes resulten beneficiadas. De esta manera demuestra su calidad de juriconsulto; 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, sabe qué disposiciones integran el orden jurídico, las acomoda, las adecua al beneficio equitativo de los clientes y las transcribe en la escritura. La redacción de las cláusulas requiere de sabiduría legal y responsabilidad profesional para evitar que en el contrato se declare como verdadero aquello que no es cierto, de suerte que prevalezca, mediante el orden jurídico y la buena fe, la realización de la voluntad de las partes sin contratiempo.

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

Certificar

En la certificación el notario da fe de que la voluntad de los contratantes se tradujo al documento y se llevó a cabo en cada caso particular. Es la parte donde manifiesta el contenido de su fe pública, a saber, dar fe de la existencia de los documentos relacionados en la escritura; fe de conocimiento; fe de lectura y explicación del instrumento; fe de la capacidad jurídica de los otorgantes para realizar libre y sin coacción actos jurídicos y, finalmente, fe de otorgamiento de la voluntad mediante el estampado de su firma.

Ciertamente, cualquier abogado puede examinar los antecedentes físicos y jurídicos de un documento, redactar las cláusulas, seleccionar las disposiciones jurídicas aplicables y expresar en lenguaje jurídico la voluntad de las partes, pero no puede certificar. Esta facultad corresponde a los fedatarios, en este caso, al notario porque el Estado le da ese poder mediante sus leyes.

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

Autorizar

La autorización de la escritura es el acto de autoridad del notario que convierte al documento en auténtico; en efecto, es él quien en ejercicio de sus facultades como fedatario público, da eficacia jurídica al acto de que se trate, y 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.

Conservar y reproducir

El notario satisface plenamente los ideales de seguridad jurídica, no sólo por la actividad examinadora y preventiva que integra su función, sino porque responde al principio de conservación y reproducción del documento.

Mientras que en los documentos privados no hay posibilidad de reproducción, pues a diferencia del notarial, no existe una matriz que se guarde en forma permanente, el protocolo pertenece al Estado y lo conserva el notario durante cinco años, a cuyo término se deposita en el Archivo General de Notarías, en donde permanece definitivamente, de suerte que en la Ciudad de México, pueden consultarse documentos notariales elaborados desde 1527.

2. PROHIBICIONES E INCOMPATIBILIDADES EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

NOT. ALFREDO GONZÁLEZ SERRANO

El deber de imparcialidad se demuestra en las diversas legislaciones notariales, al establecer incompatibilidades y prohibiciones que, por regla general, se refieren al ejercicio de empleos, cargos o comisiones públicos o de particulares; el ejercicio del comercio, la agencia de cambio o los ministerios religiosos, que incidirían de una manera grave en el incumplimiento de este deber de imparcialidad en la actuación notarial. Específicamente se prohíbe a los notarios, actuar en los asuntos que se les encomienden, si alguna circunstancia les impide actuar con imparcialidad, o intervenir si el acto o hecho corresponde por ley a otro funcionario, o bien si el mismo interesa al propio notario, a su cónyuge o parientes consanguíneos o afines en línea recta, sin límite de grados o colateral, hasta el cuarto grado por consanguinidad o hasta el segundo por afinidad. Lo anterior se comprende si se considera que la razón jurídica de tales incompatibilidades o prohibiciones, descansa en el ánimo de conservar y defender la libertad profesional del notario, como un preciado bien, puesto que, al decir del notario argentino, don Roberto Mario Arata: *"en Roma, para aspirar al cargo, era necesario ser libre, porque quien depende de otros, no es dueño de dar fe de la verdad"*.¹

2.1. Deber de abstención

La incompatibilidad desde el punto de vista del derecho es un antagonismo entre dos actividades, es decir, es la imposibilidad de realizar dos acciones en un mismo tiempo.²

¹ Figueroa Márquez, David, *La imparcialidad del notario, garantía del orden contractual*. Conferencia dictada en el Congreso Nacional del Notariado Mexicano, celebrado en el Estado de Guanajuato, en el mes de noviembre de 2002.

² Ríos Hellig, Jorge, *La práctica del derecho notarial*, Ed. McGraw-Hill, 2ª ed., México, 1996.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal, regula en su artículo 6º la actividad notarial como un oficio jurídico que debe tener, entre otras, como características fundamentales la imparcialidad y la equidad conforme a los postulados del "Notariado Latino", debiendo intervenir profesionalmente, considerando a las partes por igual, recibiendo por fuerza legal del Estado el reconocimiento público y social de sus instrumentos notariales con las finalidades de protección de la seguridad jurídica de los otorgantes y solicitantes de su actividad documentadora.

Se establecen en la Ley, como principios regulatorios de la función notarial, el de la conservación jurídica de fondo y forma del instrumento notarial, la conservación material de los instrumentos, el concepto del notariado como garantía institucional, que está al servicio del bien y la paz jurídicos de la Ciudad, y el respeto y cumplimiento del derecho.

En la ley se establece que el notariado es una garantía institucional que la Constitución, de conformidad con el artículo 122, establece para la Ciudad de México, y establece como condiciones necesarias para su correcto ejercicio, la imparcialidad, la calificación, la colegiación y la libertad.

La misma ley regula las posibilidades de excusarse de actuar en tratándose de días festivos, horas que no son de oficinas (salvo el caso de testamentos), y asimismo podrá excusarse cuando el solicitante de sus servicios, no le aporte los elementos necesarios para su actuación o no le anticipe los gastos y honorarios.

Sin embargo, en los términos del artículo 43, además de la posibilidad que tiene el notario para excusarse de actuar, en el artículo 45 no solamente tiene la posibilidad de excusarse sino que debe abstenerse de actuar, pues le queda prohibido:

1. Actuar cuando no esté en posibilidades de conducirse con imparcialidad en cualquier actividad de las que la ley le señala.
2. Dar fe de actos dentro de los procedimientos legales en los que corresponda, en exclusiva, hacerlo a algún servidor público, aunque en tratándose de cotejos de cualquier documento, registro o archivo, sí puede certificar hechos, situaciones o abstenciones que de acuerdo con la ley tengan valor como indicio calificado, respecto de los mismos, sujeto a juicio de certeza judicial y sólo serán prueba plena en aspectos que no sean parte esencial de las facultades exclusivas del servidor público y siempre y cuando el notario así lo precise en el instrumento correspondiente.

3. Actuar en instrumentos o asuntos en que tengan interés, disposición a favor o intervengan por sí, representados por o en representación de terceros, el propio notario, su cónyuge o parientes consanguíneos o afines hasta el cuarto y segundo grados, respectivamente, o sus asociados o suplentes y los cónyuges o parientes de ellos, en los mismos grados o en asuntos en los cuales tenga esta prohibición, el o los notarios asociados o el notario suplente.

4. Actuar como notario sin rogación de parte, solicitud de interesado o mandamiento judicial, salvo algunos casos previstos por la ley.

5. Dar fe de actos, hechos o situaciones respecto a los cuales haya actuado previamente como abogado.

6. Dar fe de actos, hechos o situaciones, sin haberse identificado previamente como notario; en virtud que el documento o el instrumento que expide hace prueba plena, los interesados o quienes intervengan ante el notario o hagan manifestaciones, deben estar enterados y tener conocimiento de que están actuando ante notario.

7. Dar fe, de manera no objetiva o imparcial, por lo que su actuación debe circunscribirse o describir lo que pueda percibir con sus sentidos y siempre de manera objetiva.

8. Recibir y conservar en depósito sumas de dinero, valores o documentos con motivo de los actos o hechos en que intervenga, lo cual además de ser razonable en algunos casos resulta ser en beneficio y protección del notario; bastaría imaginarse a un comprador que depositara el cheque personal sin ser certificado o de caja como documento y comprobante de pago del precio de un inmueble y que el notario aceptara bajo su responsabilidad recibirlo y entregarlo al comprador contra firma de la escritura.

Es posible que la firma de la escritura se realice cuando el cheque ya no tenga fondos y el término para presentarse al banco ya esté vencido, ¿qué pasaría? si el comprador que depositó el cheque probara que durante el término para la presentación del mismo ante la institución bancaria siempre tuvo fondos disponibles, ¿habría o no responsabilidad para el notario?, no quisiera imaginarme si el notario recibió moneda extranjera para entregar al comprador y que en el ínter de haberla recibido y su entrega hubiera sufrido una devaluación o peor si los documentos de pago, letras de cambio, pagarés que tuviera que entregar el notario al vendedor en una compraventa a plazos se llegaran a perder o de plano a extraviar.

Sin embargo de todo lo anterior que sólo son supuestos de la imaginación pero que habría que tener cuidado, por lo que podría

darse el caso que fueren reales; el notario sí puede recibir dinero o cheques destinados al pago de gastos, impuestos, contribuciones o derechos.

Asimismo puede recibir cheques librados a favor del acreedor en pago de adeudos garantizados con hipoteca u otros actos que vaya a extinguir e igualmente puede recibir cheques relacionados con protestos.

La actuación del notario, por todo lo anterior, debe estar libre de toda atadura o nexo y estar desvinculada de la protección de un interés, en lo particular, por lo que su única guía debe ser la búsqueda de la seguridad jurídica, y esto sólo se logra en la medida en que el legislador, en las diversas leyes notariales, preserva al notario libre de vínculos.

2.2. *Deber de respeto al ámbito competencial*

Quizá uno de los problemas que se presentan con mayor frecuencia en el ejercicio de la actividad notarial sea el de la actuación en el ámbito competencial y no precisamente por lo que se refiere a actuar en los casos en que la actividad que realice, esté reservada a otros, como se verá más adelante, si no al actuar fuera de su competencia por razón territorial.

Generalmente las leyes notariales de cada Estado prohíben al notario actuar fuera de su jurisdicción territorial, que muchas veces se circunscribe geográficamente al municipio o cabecera judicial en que se encuentra su oficina notarial, la mayoría de las leyes notariales circunscriben la actuación notarial dentro del propio Estado.

La actuación fuera de la demarcación territorial de un notario, se sanciona por las Leyes del Notariado como un acto nulo.

Hay ocasiones en que la oficina del organismo o institución o de sus representantes a los que sirve el notario, se encuentran fuera de su ámbito territorial, por lo que llega a suceder que el notario concurra o envíe su protocolo para la firma del instrumento, actividad que así realizada, como se ha dicho, se sanciona con la pena de nulidad.

De acuerdo con la Ley del Notariado, desde luego queda prohibido a los notarios establecer oficinas fuera de los límites de su ámbito territorial, lo que llega a suceder con alguna frecuencia.

Casos muy concretos de este tipo de actividades y que desde luego son nulos, son aquellos en que el notario de una entidad federativa o de una cabecera judicial obtiene la firma de un juez de otra entidad federativa o de otra cabecera judicial, por ejemplo, en un juicio

de otorgamiento de escritura que se otorga por el juez en rebeldía del demandado, pues en estos casos ni el juez actuando con tal carácter puede hacerlo fuera de su jurisdicción, ni el notario puede obtener la firma del juez, pues igualmente está fuera de su jurisdicción y en cualquiera de estos dos supuestos la escritura será nula.

El artículo 34 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal establece que corresponde a los notarios del Distrito Federal, el ejercicio de funciones notariales en el ámbito territorial de la Entidad y prohíbe establecer sucursales u oficinas fuera de los límites del Distrito Federal.

Sin embargo, es claro que los actos que se celebren ante la fe de un notario que actúe en el ámbito de su jurisdicción, podrá referirse a cualquiera otro lugar.

2.3. *Deber de servicio y respecto a la legalidad*

Quien ejerce la función de notario está obligado a tener conocimiento en el ámbito del derecho y en casi todas sus especialidades, así como a conocer los usos y costumbres de la comunidad en que vive y en la que presta sus servicios, a efecto de estar en condiciones de poder distinguir cuando el fin de un acto es contrario a la ley o a las buenas costumbres.

Es necesario, por ejemplo, en el caso de la constitución de personas morales tener pleno conocimiento de que su objeto se ajusta al tipo de persona moral que le fue solicitada (sociedades con fines lucrativos, no lucrativos, de asistencia privada, etcétera).

En materia sucesoria, por ejemplo, las obligaciones alimentarias y en qué consisten, propiamente, los alimentos en tratándose de los bienes de los menores; saber distinguir los que adquiere por su trabajo o por otros conceptos, para poder determinar a quién corresponde el usufructo de los bienes de los menores que se adquieren por sucesión cuando éstos van a ser administrados por quienes ejercen la patria potestad en cuyo caso a éste le corresponde el 25% de sus productos, en términos de lo dispuesto por el artículo 430 de nuestro Código Civil, salvo el caso, y allí estriba el conocimiento de la ley, que el testador disponga que dichos frutos le corresponderán exclusivamente al menor.

2.4. *Cargos, comisiones o mandatos*

La vida, en el ámbito jurídico o de otras actividades que independientemente de la que realiza el notario no se limita necesariamente

a su actuación como tal, pues de acuerdo por la Ley del Notariado del Distrito Federal, en su artículo 32, es incompatible con toda dependencia (lo que le permite actuar siempre con imparcialidad y con el ánimo de aplicar no sólo el derecho, sino la justicia e igualmente es incompatible su actividad con empleos, cargos o comisiones públicas o privadas y con el ejercicio de la profesión de abogado en asuntos en que haya contienda).

El notario, de acuerdo con esta ley, tampoco puede ser comerciante, ministro de cultos o agente económico; es pertinente aclarar que en diferentes leyes de los Estados de nuestro país, el ejercicio de la actividad de abogado no está prohibida para el notario.

Así como se señalan abstenciones, excusas o prohibiciones, en nuestra Ley del Notariado se señalan igualmente, de manera muy general, actividades que el notario sí puede realizar y, al efecto, el artículo 33 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal señala:

“ART. 33.—El notario sí podrá:

I. Aceptar y desempeñar cargos académicos y docentes, de dirección de carrera o institución académica, de beneficencia pública o privada, de colaboración ciudadana y los que desempeñe gratuitamente a personas morales con fines no lucrativos.

II. Representar a su cónyuge, ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad y hermanos.

III. Ser tutor, curador y albacea.

IV. Desempeñar el cargo de miembro del consejo de administración, comisario o secretario de sociedades o asociaciones.

V. Resolver consultas jurídicas objetivamente y ser consultor jurídico extranjero emitiendo dictámenes objetivos.

VI. Ser árbitro o secretario en juicio arbitral.

VII. Ser mediador jurídico.

VIII. Ser mediador o conciliador.

IX. Patrocinar a los interesados en los procedimientos judiciales o administrativos necesarios para obtener el registro de escrituras.

X. Intervenir, patrocinar y representar a los interesados en los procedimientos judiciales en los que no haya contienda entre particulares, así como en trámites y procedimientos administrativos, dichas funciones no inhabilitan al notario para autorizar, en su caso, cualquier instrumento relacionado, y

XI. Actividades semejantes que no causen conflicto ni dependencia que afecte su dación de fe y asesoría imparcial.”

2.5. Sanciones

El sistema de sanciones que se contempla por las diversas legislaciones notariales de la República Mexicana, para las infracciones cometidas por los notarios en el desempeño de sus funciones, es más o menos riguroso. Por lo que se refiere a sanciones, la Ley del Notariado para el Distrito Federal prevé, en su sección segunda, artículos 222 al 229, una serie de responsabilidades y sanciones que son aplicables a las faltas que cometa el notario en el ejercicio de su función, que van desde la amonestación por escrito, multas, suspensión temporal, hasta la suspensión definitiva de sus funciones o la pérdida de la patente, por lo que se refiere a los deberes y abstenciones, respecto al ámbito de su competencia y a la legalidad, la primera sanción es la nulidad del documento como consecuencia de su actuación, independientemente de las responsabilidades que pudieran generarse por concepto de daños y perjuicios para quienes hayan solicitado su actuación.

El notario está sujeto a una vigilancia rigurosa y estricta por parte de las diversas dependencias gubernamentales (federales, estatales o, incluso, municipales) que supervisan y controlan el desempeño de su actuación y que, en determinadas circunstancias, pueden imponerle una sanción.

Pero quizá, en tratándose de las sanciones en que pueda incurrir un notario por su mala actuación, quizá la que sin duda representa daños irreparables al notario en lo personal, son la pérdida de la confianza y el descrédito que pudiera sufrir en su núcleo social o de negocios y no hay mayor sanción que la pérdida de la fe, precisamente en un fedatario.

Todo lo anterior es independiente y no se compara con el daño que un notario por su mala actuación pueda causar a la institución del notariado, en especial, a su colegio, ya que es costumbre que cuando se habla de una mala actuación la crítica negativa generalmente recae en los notarios, no en el notario.

3. LA IMPARCIALIDAD. ATRIBUTO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

NOT. DAVID FIGUEROA MÁRQUEZ

3.1. *La imparcialidad del notario en relación con el juez*

Entre las numerosas personas cuya actividad gira en torno a la administración de justicia, sobresale la figura del juez, persona que tiene autoridad para juzgar y sentenciar, que decide y resuelve los pleitos.³

*"Pareces juez íntegro: conoces la ley: has expuesto bien el caso: sólo te pido que con arreglo a esa ley, de la cual eres fiel intérprete, sentencies pronto... ¡Oh docto y severísimo juez! ¡Cuánto más viejo eres en jurisprudencia que en años!"*⁴

Las competencias, los conocimientos exigidos y la profesionalización de los jueces varían de una nación a otra. Pueden, sin embargo, delimitarse dos grandes grupos, coincidentes, por otra parte, con el sistema jurídico dominante: *sistema romanista* o de *código*, y *sistema anglosajón* o de *derecho común*. En el primero, propio de los países europeos continentales y de América Latina, el juez es un funcionario de la administración de justicia, con una alta formación profesional de jurista y plena dedicación a la justicia. En el segundo coexisten el juez jurista y el juez "lego", este último con experiencia y conocimientos en una determinada materia; los jueces profesionales son encargados de los casos más complejos, mientras que los no profesionales, llamados también jueces de paz, entienden de los restantes y pueden ejercer simultáneamente otras profesiones. Otra diferencia fundamental, en relación con su responsabilidad, radica en que el juez en

³ Enciclopedia Hispánica, volumen 8, Encyclopaedia Britannica Publishers, Inc., E. U. A., 1995.

⁴ Shakespeare, William, *El mercader de Venecia*, Ed. Ramón Sopena, S. A., Barcelona, 1974.

el *sistema romanista* está sujeto a una jurisdicción especial, mientras que en el *anglosajón* queda sujeto únicamente a la ley común, igual que el resto de los ciudadanos.

Las funciones fundamentales de los jueces son el esclarecimiento de los hechos que se juzgan, la determinación de la norma jurídica aplicable a tales hechos y la aplicación de dicha norma, a través de una *sentencia*, que es la obra material del juez.

En el *sistema romanista*, el juez, no obstante formar parte del Estado (Poder Judicial), es autónomo en su actuación y la justicia de sus decisiones está garantizada por su independencia del Poder Ejecutivo del Estado; son permanentes (lo que los hace ajenos a los cambios de gobierno); y la independencia de su función inhibe el ejercicio de cualquiera otra actividad que pudiera influir en sus resoluciones, de tal manera que, las mismas, siempre estén orientadas por la objetividad que resulta de los actuaciones judiciales, con base en las cuales decide una controversia.

En México, el Poder Judicial se organiza con base en el *sistema romanista* y desde una perspectiva tanto federal (nacional) como local (estatal). Desde la perspectiva federal, el Poder Judicial se deposita en: *a*) Una Suprema Corte de Justicia Nacional, que se integra por 21 ministros de número y hasta 5 ministros supernumerarios (los ministros son nombrados por el titular del Poder Ejecutivo, con la aprobación de la Cámara de Alta del Poder Legislativo); *b*) 61 Tribunales Colegiados y 23 Tribunales unitarios de Circuito (magistrados); y *c*) 136 Juzgados de Distrito distribuidos a lo largo del territorio nacional. Desde la perspectiva local (estatal), cada Entidad Federativa (31 más el Distrito Federal, con soberanía y libertades plenas) posee: *a*) Un Tribunal Superior de Justicia; y *b*) Juzgados de Primera Instancia. Los Magistrados y los Jueces son nombrados o por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en caso de asuntos federales, o por los Tribunales Superiores de Justicia de cada Entidad Federativa o del Distrito Federal, en caso de asuntos locales.

En la actualidad, en México, los notarios no dependen del Poder Judicial, la labor de éstos es ajena y totalmente independiente, si bien es cierto que, en determinadas circunscripciones territoriales alejadas de las vías de comunicación, la función notarial aún se ejerce por los jueces de primera instancia del lugar y esto es así, por reminiscencia de los antecedentes de la función notarial en México, que durante alguna época consideraron dependientes a los notarios del Tribunal Superior de Justicia de cada capital, no obstante, cuando tales jueces ejercen como notarios, su actuación, en ese caso, se sujeta a las normas notariales correspondientes y la supervisión de su

función corre por cuenta de la Autoridad Administrativa del lugar, no por parte del Tribunal Superior de Justicia. La *Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal de 1867*, promulgada por el presidente Benito Juárez, modificó la situación de la escribanía y distinguió dos tipos de escribanos: *Notarios* y *Actuarios*, cargos que resultaron incompatibles. El *notario* fue definido como “*el funcionario establecido para reducir a instrumento público los actos, los contratos y últimas voluntades en los casos que las leyes lo prevengan o lo permitan*”;⁵ y el *actuuario* fue definido como “*el funcionario que interviene en materia judicial, ya sea para autorizar las providencias de los jueces o arbitradores o para practicar las diligencias necesarias*”.⁶

En objeciones a la iniciativa o proyecto de “Ley para el ejercicio de la profesión de Escribanos Públicos”, que pretendía reglamentar en un solo cuerpo legislativo a los *Escribanos-actuarios* y a los *Escribanos-notarios*, el señor licenciado Ignacio Burgoa, en el mes de enero de 1870, expuso con toda claridad y precisión el concepto que debe tenerse de la actuación de un escribano o notario público, al decir: “*Esa iniciativa de los señores Alcalá e Islas, entraña la idea capital de extinguir en México el notariado; institución, si bien nueva y poco conocida entre nosotros, establecida ya en todas las naciones cultas; y si esa extinción se realizara vendría a patentizar al mundo, que lejos de hallarnos los mexicanos en el camino del progreso, retrogradamos a grandes pasos hacia una época remota en que existían una legislación e instituciones que desaparecieron..*”. Al referirse a los actuarios, decía: “*El actuuario no hace más que dar fe de los proveídos y sentencias dadas por los jueces: de lo que dijeron los interesados al notificárseles, de lo que pasó en una diligencia de embargo o lanzamiento; de que dejó el instructivo en tal casa, a fulano de tal, etc.; y el notario es el funcionario honrado y acreditado en la sociedad que por lo común merece la confianza íntima de todo el mundo, y a quien confían todos los interesados en su testamento o contrato, su fortuna, derechos y obligaciones, para que imparcialmente sin dolo ni mala fe dé en lo privado, a cada uno, lo que es suyo...*”. Agregó el licenciado Burgoa: “*Estas funciones por su naturaleza tan sagradas y respetables, no deben conferirse a todo el mundo...*”.

El juez como jurista y funcionario público, conoce el negocio a través de los abogados y cuando la relación jurídica ya ha sido lesionada, procura reconstituirla, juzga, imparte justicia, *da a cada quien lo suyo*, de acuerdo a lo que cada parte, en el litigio, hubiera logrado acreditar como suyo y, para tal efecto, requiere de la constancia

⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Derecho notarial*, Ed. Porrúa, S. A., México, 1981, p. 35.

⁶ *Ibidem*, p. 35.

auténtica, documental que, por regla general, le extiende el notario que determina *qué es lo suyo de cada quien*.

*“Aunque el juez no pueda, el notario queda”?*⁷

Si bien el Juez, en el desempeño de su labor, actúa con estricto apego a las disposiciones legales argumentadas por los litigantes o por la norma aplicable, de acuerdo a la máxima *dadme los hechos que yo determinaré el derecho*, su función es distinta a la del notario que también actúa con base en la norma aplicable, pero en ejercicio de la fe pública de la que está investido. Los documentos que autoriza y expide el notario hacen prueba plena tanto en juicio como fuera de él, mientras que las sentencias que dicta el juez, requieren la certificación del secretario del juzgado, que es el funcionario a quien la ley concede el uso de la fe. Tanto los jueces como los notarios deben actuar exentos de influencias que nublen su razón a grado tal de inclinar su actuación a intereses mezquinos que impidan que se cumplan las finalidades del ordenamiento jurídico nacional, consistentes, primordialmente, en generar seguridad jurídica, en otras palabras, certeza sobre las consecuencias de determinado proceder, lícito o no.

La actuación del Juez debe ser imparcial, lo que implica que debe dictar sentencia, exclusivamente, con base en las constancias que obren en el expediente sobre el que actúa; sus resoluciones pueden ser justas o injustas, dependiendo que las partes hubieren logrado acreditar, correctamente, su pretensión o no; y sus resoluciones no deben referirse a intereses personales del Juez o de personas con quienes éste tenga relaciones filiales, de amistad o de dependencia (impensables estas últimas);⁸ no obstante la imparcialidad en la

⁷ García Medina, Antonio, *Decires de notarios*, Amate Editorial, Jalisco, México, 2002, p. 181.

⁸ Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación: “ART. 82.—Los ministros de la Suprema Corte de Justicia, los magistrados de Circuito y los jueces de Distrito están impedidos para conocer de los asuntos, por alguna de las causas siguientes: I. Tener parentesco en línea recta, sin limitación de grado; en la colateral por consanguinidad, hasta el cuarto grado, y en la colateral por afinidad, hasta el segundo, con alguno de los interesados, sus representantes, patronos o defensores; II. Tener amistad íntima o enemistad con alguna de las personas a que se refiere la fracción anterior; III. Tener interés personal en el asunto, o tenerlo su cónyuge o sus parientes, en los grados que expresa la fracción I; IV. Haber presentado querrela o denuncia al funcionario, su cónyuge o sus parientes, en los grados que expresa la fracción I, en contra de alguno de los interesados... IX. Asistir, durante la tramitación del asunto, a convite que le diere o costeara alguno de los interesados; tener mucha familiaridad o vivir en familia con alguno de ellos; X. Aceptar presentes o servicios de alguno de los interesados; XI. Hacer promesas que impliquen **parcialidad** a favor o en contra de alguno de los intere-

actuación del Juez es distinta a la imparcialidad en la actuación del notario, puesto que, en el primer caso, el juzgador se conduce con base en los documentos y hechos pasados que se ponen a su consideración, para que decida el derecho, en otras palabras, actúa sobre sucesos, y en el segundo caso, el notario se conduce sobre las voluntades que se le manifiestan, sobre los eventos que se pretende sucedan y produzcan consecuencias jurídicas cuya insatisfacción o satisfacción inadecuada, se dilucidará ante los tribunales. En este orden de ideas, la actuación imparcial del notario se realiza en un ámbito más sutil, más vulnerable, puesto que el negocio está, aún, por externarse y es "más factible" que pueda viciarse la actuación notarial, no obstante, la actuación notarial, a lo largo de los siglos, ha probado su absoluta probidad, en todas sus publicaciones⁹ y, sobre todo, en las publicaciones que tienen que ver con las áreas de actividad de los sectores más desprotegidos de la población, donde un notario justo y probo, es garantía de seguridad social y jurídica.

Este valor (de imparcialidad) se deriva de la justicia. Desde siempre, jueces, notarios y otros servidores públicos, han sufrido presiones del Estado o de los grandes consorcios, los que con su fuerza política o económica tratan de doblegar la imparcialidad para lograr las ventajas y los beneficios que no les corresponde. Los integrantes del poder judicial, sean Ministros, Magistrados o Jueces deben ser libres e independientes, de tal manera que las sentencias y resoluciones por ellos dictadas, no se inclinen a favor del rico, poderoso,

sados, sus representantes, patronos o defensores, o amenazar de cualquier modo a alguno de ellos; XII. Ser acreedor, deudor, socio, arrendador o arrendatario, dependiente o principal de alguno de los interesados... XIV. Ser heredero, legatario, donatario o fiador de alguno de los interesados, si el funcionario ha aceptado la herencia o el legado o ha hecho alguna manifestación en ese sentido; XV. Ser el cónyuge o alguno de los hijos del funcionario, acreedor, deudor o fiador de alguno de los interesados; XVI. Haber sido juez o magistrado en el mismo asunto en otra instancia o jurisdicción... XVII. Haber sido agente del Ministerio Público, jurado, perito, testigo, apoderado, patrono o defensor en el asunto de que se trata, o haber gestionado o recomendado anteriormente el asunto, a favor o en contra de alguno de los interesados..."

⁹ Se llaman publicaciones porque están hechas por la mano de persona pública: quia manu publicae personae factae sunt. Ya al comienzo del *Tractatus notularum* Rolandino nos ha dicho: "Notaría significa notar pública y auténticamente los negocios de los hombres: no toda escritura pública es auténtica, sino solamente aquella que se redacta en forma pública y auténtica". "El nombre de notario viene de notaría: es el notario persona privilegiada encargada de redactar pública y auténticamente los negocios de los hombres". AURORA, Comentarios de Rolandino, insigne notario de Bolonia, sobre la *Suma del Arte Notarial*. Con las adiciones de Pedro de Unzola, notario de Bolonia, obra que los modernos llaman *Meridiana*. Versión al castellano del Excmo. Señor don Víctor Vicente Vela y del Excmo. Señor don Rafael Núñez Lagos. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., Publicación de Clásicos del Derecho., México, 2001.

*amigo, político o del pariente.*¹⁰ Como antivalores de cualquier profesión encontramos los siguientes: la sed desmedida de ganar dinero; el activismo; las intrigas; las recomendaciones; la divulgación de secretos; la falta de preparación teórica y práctica; el deseo también desmedido de ser reconocido. En todas estas actitudes, los clientes y la contraparte se convierten en un medio y no se les reconoce como un fin en sí mismo; se atropella a las personas y a las instituciones para lograr el lucro y el honor”.¹¹

3.2. La imparcialidad del notario en relación con el servidor público.

La satisfacción de los intereses colectivos se realiza por el Estado, por medio de una organización que se denomina Administración Pública y que está a cargo del Poder Ejecutivo y, a su vez, la Administración Pública requiere de personas físicas que formen y exterioricen la voluntad del Estado, a las que se denomina *funcionarios o empleados públicos*. La terminología de estas personas físicas va desde la expresión de altos funcionarios, a la de funcionarios o empleados, simplemente.

En la doctrina administrativista, autores como el jurista León Duguít manifiestan que la expresión “agente público”, designa a toda persona que participa de una manera permanente, temporaria o accidental en la actividad pública, sin tener el carácter de gobernante directo o representante. Los agentes públicos los clasifica en dos grandes categorías: agentes funcionarios y agentes empleados. El agente funcionario participa de una manera permanente y normal en el funcionamiento de un servicio público. El agente empleado es el que participa de una manera momentánea y accidental.¹² Para el jurista Hauriou, “Funcionarios son todos los que, en virtud de un nombramiento de la autoridad pública, bajo el nombre de funcionarios, empleados, agentes o subagentes, pertenecen a los cuadros permanentes de la Administración Pública”.¹³

La propia doctrina distingue entre la función y el empleo público; de esta manera, el jurista Petrozziello considera que “Funcionario sería el que tiene el derecho de mando, de iniciativa, de decisión, y que, por esa causa, ocupa los grados más elevados de la jerarquía;

¹⁰ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Deontología jurídica*, Ed. Porrúa, S. A., 8ª ed., México, 2003, p. 61.

¹¹ *Idem*, p. 62.

¹² Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, Ed. Porrúa, S. A., 3ª ed., México, 1979, p. 568.

¹³ Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo*, Tomo III, Tipográfica Arentina, Buenos Aires, 1951, p. 243.

por el contrario, empleado sería el que atiende a la preparación o a la ejecución de las disposiciones que emanan de una autoridad superior y que, por ese motivo, se encuentra en los grados más bajos de la escala jerárquica.”¹⁴ Para el jurista argentino Bielsa, “Funcionario Público es el que, en virtud de designación especial y leal, ya por decreto ejecutivo, ya por elección y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y a expresar o ejercitar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público; ya sea actividad jurídica o social.” Por su parte, Villegas Basavilbaso piensa que “La diferencia esencial entre el empleo público y la función pública ha de buscarse, más que en los signos de continuativo, permanente, exclusivo y remunerado que caracterizan al primero en el lado exterior de la relación que vincula al individuo con el Estado.” Ese lado exterior ha sido calificado por Mayer de representación; y es por medio de esa representación que el Estado actúa con terceros por intermedio del funcionario público; en cambio, en el empleo público no existe representación alguna.¹⁵ La relación sólo establece una vinculación interna entre el empleado y el Estado; aspecto, este último, que para el maestro Gabino Fraga hace sentido, pues considera que este criterio es el que realmente corresponde a la distinción entre funcionarios y empleados, ya que “de hecho sí pueden separarse los servidores públicos que tienen ese carácter representativo de todos los que son simplemente auxiliares de ellos”.¹⁶

No obstante, las nociones de empleado público y funcionario público no son excluyentes y se considera que ambos pueden coincidir; los dos conceptos de funcionario y de empleado pueden subsistir en una misma persona y, en tal supuesto, el deudor de la obligación de servicios es un empleado funcionario.¹⁷

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (art. 108), abandona esta discusión semántica para reputar como *servidores públicos*, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, independientemente que el ejercicio de su responsabilidad incluya carácter representativo o no, o que hubieren accedido al cargo por vía de elección popular o no. Asimismo, señala

¹⁴ *Op. cit.*, p. 263.

¹⁵ Acosta Romero, Miguel, *op. cit.*, p. 569.

¹⁶ Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, Ed. Porrúa, S. A., 23ª ed., México, 1984, p. 130.

¹⁷ Acosta Romero, Miguel, *op. cit.*, p. 569.

que las Constituciones de cada Entidad Federativa deberán precisar el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en los Estados y en los Municipios.¹⁸ En términos prácticamente similares se pronuncia la legislación del Distrito Federal, al referirse al *servidor público*, al señalar, el Código Penal en su artículo 256, que *"es servidor público del Distrito Federal toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública del Distrito Federal, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y en los órganos que ejerzan la función judicial del fuero común en el Distrito Federal"*.

Los *servidores públicos* antes de tomar posesión de su encargo, deben prestar formal protesta de guardar la Constitución Política Mexicana y las leyes que de ella emanen,¹⁹ y deben siempre conducirse con apego a la legalidad, actuar con honradez, ser leales a la patria y a los intereses públicos fundamentales, *actuar con imparcialidad*, y con la eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.²⁰ El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados de la Federación, deben expedir leyes de responsabilidad de los servidores públicos a fin de sancionar a quienes teniendo ese carácter incurran en responsabilidad. Asimismo, dichas leyes deben determinar los casos y circunstancias para sancionar penalmente a los servidores públicos que, durante su encargo, experimenten enriquecimiento ilícito, o por motivos de tal encargo, por sí o por interpósita persona, aumenten de manera sustancial su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños respecto de ellos, sin que puedan justificar una procedencia lícita.

¹⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: ART. 108.—*Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados, y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones. El Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común. Los gobernadores de los Estados, los diputados a las Legislaturas Locales, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales. Las Constituciones de los Estados de la República precizarán, en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en los Estados y Municipios"*.

¹⁹ Artículo 128 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁰ Artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No obstante la actuación imparcial del *servidor público* es distinta de la actuación imparcial del notario, por lo siguiente: a) El servidor público debe desempeñar sus labores con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, sujetándose a la dirección de sus jefes, a las leyes y reglamentos administrativos respectivos, así como debe cumplir con las obligaciones que le impongan las condiciones generales de trabajo, esto es, desempeña su labor en un ámbito absolutamente administrativo y bajo una relación de dependencia jerárquica y subordinación obligatoria, en función del nivel de responsabilidad que el correspondiente nombramiento determina; su actuación imparcial estriba, exclusivamente, en no inclinarse por intereses oscuros o mal habidos o conducirse en base a dádivas o componendas que impliquen corrupción (No se debe pagar lo ya pagado o lo que es gratuito, es decir, exigir de los particulares regalos, comisiones, prebendas, etcétera por un servicio que se presta. Esta conducta puede calificarse de cohecho.)²¹ El notario, en el ejercicio de su función pública, como fedatario, se sujeta única y exclusivamente, tanto al cumplimiento de las leyes y reglamentos respectivos, como al cumplimiento de todas y cada una de las normas administrativas, civiles y fiscales que tengan relación con el asunto que se somete a su consideración y análisis, con absoluta objetividad, cuidando que se satisfagan todos los intereses en juego, tanto los públicos como los privados y su actuación imparcial estriba, precisamente, en cuidar que la ley se cumpla en todas sus consecuencias, de la manera como se encuentran previstas por la norma. No tiene más subordinación que la que resulta de su convicción personal del cumplimiento estricto de la Ley, de manera que el instrumento notarial satisfaga los intereses de las partes y en él se cumplan todos los requisitos legales, no está subordinado jerárquicamente a ninguna autoridad, por lo que puede garantizar la autonomía de criterio e independencia en su actuación; b) El servidor público, en su carácter de titular de un cargo público tiene, frente a los particulares, las facultades que derivan del mismo, su función es pública y sus facultades que constituyen la esfera de competencia que conforma el cargo público y es, por tanto, competencia del Estado;²²

²¹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Deontología jurídica*, Ed. Porrúa, S. A., 8ª ed., México, 2003, p. 141.

²² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.*, p. 133: "Código Civil Federal. Por lo que se refiere a la responsabilidad civil de los servidores públicos, su artículo 1927 establece: El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor

las obligaciones y derechos del servidor público, constituyen una situación jurídica general no establecida para los individuos en general. El notario realiza una función jurídica (lo que realza su carácter de jurista), una función privada (con efectos de publicidad y con valor similar al de una función pública, porque por delegación del Estado tiene el poder de dar fe) y una función legal (porque su existencia y atributos derivan de la ley),²³ no tiene facultad alguna sobre los particulares, su actuación es rogada y esa característica hace sólido el principio de ascendencia que el notario tiene sobre las partes que someten su voluntad negocial a los sabios consejos de "su notario", ya que su "autoridad" frente a las partes deriva de su pericia en el conocimiento de la ley y en la convicción de los particulares de que el notario se conducirá con estricto apego a la norma, lo que es garantía de su proceder imparcial frente a ellos mismos y al Estado. El notario responde, personalmente, de los delitos o faltas en que incurra en el ejercicio de su función, el Estado no asume responsabilidad solidaria o subsidiaria alguna;²⁴ y c) El servidor público goza de las ventajas materiales que le otorga el Estado, tales como el sueldo que percibe por el desempeño de su encargo y que se fija unilateralmente por el Estado, sin factibilidad de su alteración por la vía contractual, ya que la remuneración se contempla dentro de los conceptos que conforma el Presupuesto de Egresos del Estado. La Constitución Política Mexicana consagra el derecho a la remuneración por la prestación de un servicio,²⁵ en los términos que fijen las leyes.²⁶ El notario también es funcionario público, pero no como funcionario de la administración, pues ni recibe sueldo del Estado,²⁷ ni rinde

público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados..."

²³ Carral y de Teresa, Luis, *Derecho notarial y derecho registral*, Ed. Porrúa, S. A., 12^a ed., México, 1993, p. 100.

²⁴ Ley del Notariado para el Distrito Federal: "ART. 222.—Los notarios son responsables por los delitos o faltas que cometan en el ejercicio de su función, en los términos que previenen las leyes penales del fuero común y federales..."

²⁵ Constitución Política Mexicana: "ART. 5^o—A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos... Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial..."

²⁶ Constitución Política Mexicana: "ART. 13.—Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley..."

²⁷ Ley del Notariado para el Distrito Federal: "ART. 13.—El notario ejerce su función sin sometimiento al erario y sin sueldo o iguala del Gobierno o de entidades públicas o privadas, ni favoritismo alguno. La fe pública se ejerce en cada caso concreto."

cuentas de sus actos como profesional (no tiene un jefe de quien reciba órdenes o a quien deba obedecer); sólo está sujeto a las responsabilidades disciplinarias en caso que no se ciña a los preceptos de la forma a la que debe sujetar su intervención al crear el instrumento público.²⁸ Su retribución se fija en función de los aranceles que se establecen por las leyes de cada Entidad Federativa, que el notario cobra a sus clientes, y se fundan en razonamientos de tipo financiero que permitan al notario una actuación independiente que garantice, por tanto, su imparcialidad, con la obligación de disminuir su retribución en casos específicos como pudieran ser los relacionados con los sectores de la población desprotegida económicamente, o con asuntos de interés político o electoral.²⁹

“Con todo lo anterior podemos afirmar que el notario es siempre una persona física que goza de un título reconocido en la disciplina social del derecho, y que el Estado, ya sea a través del Poder Ejecutivo o de éste y el Poder Legislativo —como sucede en algunos Estados—, le otorgan de acuerdo a la ley, la capacidad para otorgar y dar fe pública, ejercitando esa persona su función notarial dentro

²⁸ Ley del Notariado para el Distrito Federal: “ART. 223.—El notario incurrirá en responsabilidad administrativa por violaciones a esta ley o a otras leyes relacionadas con su función pública, y con motivo del ejercicio de la misma, siempre que tales violaciones sean imputables al notario. El notario **no tendrá responsabilidad** cuando el resultado de sus actuaciones sea por error de opinión jurídica fundada o sea consecuencia de las manifestaciones, declaraciones o instrucciones de los prestatarios, de los concurrentes o partes, o éstos hayan expresado su consentimiento con dicho resultado, sin perjuicio de la legalidad que regula la función notarial”.

²⁹ Ley del Notariado para el Distrito Federal: “ART. 15.—Los notarios tendrán derecho de obtener de los prestatarios de sus servicios el pago de honorarios, de acuerdo con el arancel, y de los gastos suficientes que se causen o hayan de causarse. Con base en estudios económicos, el colegio propondrá el proyecto de arancel justo y proporcionado y la Administración hará las observaciones pertinentes y fundadas y en su caso, lo aprobará. Entre la presentación del proyecto y su publicación mediará un plazo no mayor de quince días hábiles. Pasado ese plazo se entenderá aprobado totalmente o en la parte no objetada con base objetiva. ART. 16.—Las autoridades podrán requerir de los notarios la prestación de sus servicios para atender asuntos de orden público o de interés social. En estos casos, las autoridades y el colegio convendrán los honorarios correspondientes. ART. 17.—Los notarios participarán también, con tarifas reducidas y convenidas por el Colegio con las autoridades correspondientes, en programas de fomento a la vivienda y regularización de la tenencia de la propiedad inmueble. ART. 19.—Los notarios estarán obligados a prestar sus servicios en los casos y en los términos que establezcan los ordenamientos electorales. Las autoridades competentes, con la coadyuvancia del Colegio, a través de su Consejo, y con el auxilio en su caso de la Comisión de Honor y Justicia, estarán muy atentas a cualquier irregularidad a fin de que el servicio notarial en esta materia se preste de la mejor forma posible. En su caso, si así lo pidieren las autoridades o los partidos, los Notarios podrán organizar recorridos para dar fe si es inenester, conforme al turno que al efecto establezca el Colegio.

del ejercicio propio de las profesiones liberales, pero sujeto estrictamente a una reglamentación legal muy precisa, pues sus actos son, en última instancia, actos materialmente administrativos".³⁰ La función notarial es la actividad que el notario realiza conforme a las disposiciones de la ley. Posee una naturaleza compleja: es pública en cuanto proviene de los poderes del Estado y de la ley, que obran en reconocimiento público de la actividad profesional del notario y de la documentación notarial al servicio de la sociedad; y por otra parte, es autónoma y libre, para que el notario la ejerza, actuando con fe pública.

3.3. *La imparcialidad del notario y la parcialidad del abogado*

La abogacía es una profesión libre e independiente y una institución consagrada en orden a la Justicia, al asesoramiento y a la defensa de los derechos e intereses públicos y privados mediante la aplicación de la ciencia y de la técnica jurídica; a los abogados corresponde la protección de los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica, de manera exclusiva y excluyente.³¹ De no existir esta profesión, quienes ignoran las disposiciones jurídicas no sabrían cómo defenderse y ello provocaría múltiples injusticias; del mismo modo, en los juicios no se presentarían en forma clara los hechos y las pruebas, de tal manera que la labor del juez se dificultaría al momento de dictar sentencias.³²

La palabra abogado deriva de latín *ad-vocatus*, *avocare*, que significa llamado, porque los romanos (dice la Enciclopedia Espasa) acostumbraban llamar en los asuntos difíciles para que les auxiliasen a las personas que tenían un conocimiento profundo del derecho. También se ha designado a los abogados con el nombre de patronos, los que nos transporta a la institución de la clientela en la legislación romana. El patrón tenía la obligación de ayudar a sus clientes de diversas maneras, y entre otras, defendiéndolos ante los tribunales. La palabra abogado es el participio pasado del verbo abogar que significa defender de palabra o por escrito ante los tribunales, o interceder o hablar a favor de otro; por tanto, en su sentido más amplio, abogado es la persona que defiende a otra o intercede por ella, y en su sentido pro-

³⁰ Cárdenas González, Fernando Antonio, "El notario ¿autoridad o funcionario público?", *Revista de Derecho Notarial*, Tomo I, número 117, año XLIII, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., México, 2002, p. 211.

³¹ *Diccionario Jurídico Espasa*, Fundación Tomás Moro, Espasa-Calpe, Madrid, 1993.

³² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.*, p. 46.

pio y restringido, menciona a quien, con título oficial, defiende los intereses de otra persona ante las autoridades.

Los historiadores afirman que en Grecia fue donde la abogacía se convirtió en una verdadera profesión y que *Pericles* fue el primer abogado profesional. *Solón* reglamentó aquélla, atribuyéndole carácter religioso y la institución se desarrolló ampliamente por la oportunidad que daba el *Areópago* para que los defensores cultivaran sus dotes oratorias e hicieran gala de sus conocimientos.

En el Derecho romano los patronos eran los abogados naturales de sus clientes, pero al lado de ellos surgieron los jurisconsultos que se especializaron en la ciencia del Derecho. Grande fue su prestigio, como se infiere de algunas leyes que se expidieron durante la República y que ordenaron que los Pontífices fuesen elegidos entre los abogados. Eran llamados entonces *patroni* y más tarde durante el Imperio *advocati* o *causidici*. Las personas infamadas no podían ejercer la abogacía y, no sin mucho esfuerzo, lograron los plebeyos que se les concediera ese derecho. Originariamente las mujeres podían ser abogadas, pero debido a los excesos de palabra y obra de una tal *Caya Afrania*, que colmó la paciencia de los pretores, se les prohibió hacerlo en lo sucesivo y sólo pudieron defenderse a sí mismas.³³ Las *Siete Partidas* (del derecho español), describieron al abogado como el *hombre que razona pleitos de otro en juicio, o el suyo mismo, demandando o respondiendo*.

El abogado es el jurista que conoce el caso cuando una relación jurídica, de la materia que fuere, sufre o va a sufrir una lesión y lo conoce de forma parcial, esto es, a través de la versión de una sola de las partes, que es a la que tendrá que asesorar y defender (el abogado tiene el deber de proteger a una de las partes y éticamente está obligado a realizar todo cuanto pueda hacer por su cliente; puede aprovecharse de las deficiencias de la otra parte, porque no está obligado a protegerla; su deber fundamental es defender a su cliente); por lo tanto, en principio, no resulta posible identificar al valor de la *imparcialidad* con la actuación del abogado incluso, podría afirmarse, que este valor es incompatible con su actividad, puesto que debe conducir sus actos y orientar sus argumentos con un solo sentido, el de su cliente y deberá presentar los hechos, si bien con absoluta objetividad, también con argumentos contundentes que orillen al juez a resolver a favor de su cliente. No significan estas aseveraciones que el abogado deba *torcer* el derecho en beneficio de

³³ Pallares, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, Ed. Porrúa, S. A., 8ª ed., México, 1975.

su cliente o que deba *maquillar* los hechos para convencer al juez que la razón, en un conflicto, asiste a su cliente (*abogado de malas causas*), puesto que tales conductas no son sólo carentes de ética sino, inclusive, constitutivas de delito (y estos casos desprestigian a los abogados, los convierten en *abogados sin pleitos*); más bien significa que su valoraciones deben evitar buscar el equilibrio de los intereses de las partes en conflicto, y vencer a la otra parte con sus argumentos, ya que el abogado no actúa como juez, ni como conciliador, árbitro o mediador, sino como abogado, salvo que de la conciliación, arbitraje o mediación resulte un beneficio claro para su cliente, esto es, que gane, puesto que de otra forma su participación no se justificaría. Si el abogado actúa como juez, no tiene la visión del litigante, esto es, no está en conflicto, no compete contra la otra parte para ganar (puesto que nunca se compete sólo por la satisfacción de competir, independientemente del resultado, se compete para ganar o para intentar ganar y resultar vencido en el intento), actúa con absoluta objetividad e imparcialidad y trata de dar a cada quien lo suyo; si el abogado actúa como árbitro, su intervención es a solicitud de las dos partes en conflicto y sus decisiones descansan en el resultado de las probanzas que se le presentan por las dos partes y tal vez con la asesoría de un abogado, en otras palabras, en ese caso su naturaleza se desvirtúa; y si actúa como mediador, su orientación y vocación deben ser absolutamente pacifistas, esto es, debe evitar un litigio, debe buscar que las partes en conflicto salgan satisfechas, *no debe amarrar navajas*, debe buscar que no haya un vencedor sino que ambas triunfen y que las dos partes resulten satisfechas, por lo que la mediación no es el campo de actuación del abogado.

Con lo anterior, la reflexión inicial en el sentido de ser imposible identificar al valor de la *imparcialidad* con la actuación del abogado, admite una rectificación, y se podría afirmar que el valor de la *imparcialidad* no está alejado del todo de la actuación del abogado jurista, pues como lo señala el artículo 1º del Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana: "El abogado ha de tener presente que es un servidor del Derecho y un coadyuvante de la justicia...", y la justicia es, por naturaleza, *imparcial*, no se inclina para ningún lado o interés, ya que para eso "*la pintan ciega*", pretende la *seguridad jurídica* y el *bien común*, y un *bien* no puede ser común, cuando es poseído sólo por algunos con exclusión de los otros; es bien sólo cuando es benéfico para todos y este beneficio parte de la premisa del respeto de las cosas, interés y derecho de cada uno de los seres que conviven en sociedad, y este respeto, finalmente, nos conduce a

la *seguridad*, pues sabiendo que cada uno debe conducirse con respeto del otro, *sin peligro, daño o riesgo*, la vida en sociedad es segura.

El notario comienza siendo abogado,³⁴ ejerce una función privada, pero debe especializarse en la profesión notarial a ejercer, puesto que siendo la función notarial de orden e interés públicos, es indispensable que la misma se brinde en un ambiente de independencia, imparcialidad y autonomía, a fin que la fe pública que ejerce el notario, se manifieste con libertad en beneficio de la certeza y seguridad jurídicas que requiere el conglomerado social. Para este efecto, el artículo 27 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal obliga a las autoridades administrativas y judiciales a proveer lo necesario *para hacer efectiva y expedita la independencia funcional del Notariado, auxiliándole de la misma forma, cuando así lo requiera el notariado, para el eficaz ejercicio de sus funciones.*³⁵ En este orden de ideas, no es posible pensar en la conjunción de las labores del notario y del abogado, es importante reflexionar sobre la separación de estas dos funciones: *abogado* y *notario*, puesto que resulta difícil concebir las dos en una sola persona; el abogado actúa en casos en donde existe contienda, donde se pretende que el interés de uno prevalezca sobre el de otro, en tanto que el notario se encarga de crear, objetivamente, ese interés; en otras palabras, si el abogado con su intervención busca que los tribunales impartan justicia, dándole a cada quien lo suyo, el notario con su intervención buscará determinar que es lo suyo de cada quien. La actuación de uno y otro tienen presupuestos diferentes, el *abogado* esgrime argumentos con base en hechos o documentos que tenga consistencia, que sirvan para hacer prueba, que sean fehacientes, busca preconstituir pruebas para un litigio futuro, no necesariamente seguro, en tanto que el *notario* crea esos documentos o constata esos hechos que sirvan a los interesados para presentarlos al abogado y éste puede utilizarlos en juicio o fuera de él. La labor del notario es de creación, la labor del abogado es de discusión; puesto que si bien es cierto que, en ocasiones, al abogado le toca crear documentos (pensemos en contratos privados que con arreglo a las leyes sean suficientes o documentos mercantiles como actas de asambleas o títulos ejecutivos), también lo es que, en todos ellos, actúa con absoluta inclinación a los intereses del cliente que contrató sus servicios,

³⁴ Ley del Notariado para el Distrito Federal: "ART. 54.—*Para solicitar el examen de aspirante a notario, el interesado deberá satisfacer los siguientes requisitos... III. Ser profesional del Derecho, con título de abogado o licenciado en Derecho y con cédula profesional...*".

³⁵ Por otra parte, el artículo 28 de la misma ley, obliga a las autoridades del Distrito Federal a auxiliar a los notarios cuando los actos respecto de los cuales vaya a dar fe, así lo requieran.

esto es, es absolutamente parcial, y la mayoría de los citados documentos requieren o una ratificación judicial, administrativa o registral o bien, una ratificación o reconocimiento de firmas para su eficacia judicial o extrajudicial, en algunos casos. Por el contrario, los documentos notariales tienen el sello legal de autenticidad y eficacia tanto en juicio como fuera de él, puesto que el notario en cada instrumento y en la asesoría que ofrece a los comparecientes a su despacho notarial, se conduce conforme a los principios jurídicos y deontológicos de su oficio profesional, por lo que no trata a una parte como a su cliente y a la otra no, para ambas tiene una consideración personal y profesional igual, conduciéndose con buena fe y brindando una asesoría imparcial a todo aquel que solicite sus servicios.

*"Hallen en ti más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia, que las informaciones del rico. Procura descubrir la verdad por entre las promesas y dádivas del rico como por entre los sollozos e importunidades del pobre. Si alguna mujer hermosa viniere a pedirte justicia, quita los ojos de sus lágrimas y tus oídos de sus gemidos, y considera de espacio la sustancia de lo que pide, si no quieres que se anegue tu razón en su llanto y tu bondad en sus suspiros."*³⁶

El notario no cuida ni su bolsillo personal, ni el bolsillo de sus clientes, cuida que los actos respectos de los cuales da fe y que asiente por escrito mediante la redacción del instrumento notarial correspondiente, sean seguros jurídicamente y en su celebración se cumplan todas las formalidades legales, para su absoluta e indiscutible eficacia. Algunas ocasiones, tal forma de actuación le implican perder clientela, puesto que por ningún motivo puede actuar con parcialidad hacia ninguna de las partes, sin importar, si alguna de ellas le provee frecuentemente de asuntos, pues en caso contrario, violaría la obligación que tiene de conducirse y actuar con imparcialidad, valor que es garantía y soporte de la institución notarial a lo largo y ancho de todos los países donde se ejerce una función notarial de tipo latino, como en México.

El decimosexto Congreso del Notariado Latino, celebrado en la ciudad de Lima, Perú, en el año de 1982, al respecto, por conducto de la comisión correspondiente,³⁷ concluyó que *el notario tiene el deber de informar a los otorgantes de los efectos jurídicos que se derivarán del acto o*

³⁶ De Cervantes Saavedra, Miguel, *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*.

³⁷ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Doctrina notarial internacional*, Ed. Porrúa, S. A., y Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., 2ª ed., México, 2001, p. 212.

contrato que van a llevar a cabo, incluidas las consecuencias tributarias que emanen directamente de tal acto o contrato. La imparcialidad del notario comporta, asimismo, el deber de aconsejar a las partes sobre los medios más idóneos para conseguir jurídicamente los fines prácticos que se proponen al contratar, o al otorgar el acto jurídico de que se trate. El asesoramiento y el consejo así entendidos deben presentarse a todos aquellos que han requerido del notario la prestación de su función. Sin embargo, y por lo que se refiere especialmente a la información, el notario debe extremar su diligencia respecto del contratante que por cualquier razón puede considerarse como parte más débil. Finalmente la comisión entiende que el deber de información y asesoramiento debe contarse al campo jurídico. El notario como tal no debe constituirse en asesor económico de los interesados.

3.4. La imparcialidad del notario en la jurisprudencia

En su acepción más general, el término jurisprudencia designa el estudio del derecho. La expresión originaria latina *iuris prudentia* hacía referencia a la actividad interpretativa del derecho, que estaba reservada en principio al poder oficial. Posteriormente designó la actividad interpretativa efectuada por cuantos poseyesen pericia en derecho (*uris prudentes*), llegando a convertirse de ese modo en sinónimo de ciencia jurídica. Desde un punto de vista técnico, se entiende por jurisprudencia el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho de acuerdo con las sentencias dictadas por los tribunales de rango superior.

La jurisprudencia tiene diferente importancia y rango de aplicación según se trate de países con sistema jurídico romanista o de código (Europa Continental y América Latina), o con sistema de derecho común o consuetudinario (*common law*), propio de los estados de cultura anglosajona. En los primeros, la jurisprudencia es fuente subsidiaria del derecho, ya que la primacía se reserva a la ley. El juez está sometido únicamente a la ley y no queda vinculado por el precedente (sentencia anterior sobre un supuesto similar) ni por el criterio de los tribunales superiores, es decir, el órgano jurisdiccional es soberano en el ejercicio de su función. En los países de derecho común, por el contrario, las decisiones de los jueces tienen valor vinculante absoluto. El jurista, en presencia de un caso determinado, deberá recurrir al estudio de los precedentes, es decir, tratará de encontrar alguna sentencia que haya resuelto un caso similar. En sus alegatos, en lugar de citar preferentemente artículos de códigos, como sus colegas del sistema romanístico, hará sobre todo referencia a las sentencias judiciales anteriores. Por otra parte, los tribunales están

obligados a seguir el precedente, en el sentido de que una vez decidida una cuestión legal por un tribunal superior, todos los que sean de rango igual o inferior deberán acatarla. La fuerza que la jurisprudencia tiene en este sistema hace que corresponda a la misma ajustar el derecho a los cambios impuestos por la evolución social, económica y cultural, lo que realiza, en general, de forma más flexible y gradual de la que se observa en los países de sistema romanista, en los que la adaptación requiere la modificación de los códigos, mecánica más rígida.³⁸

La jurisprudencia en el sentido en la consideramos en México, se produce en virtud del juego de los recursos judiciales, por un tribunal supremo o suprema corte o, mediante la actividad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con ocasión de los juicios de amparo. Para nosotros, la función de la jurisprudencia no es la de crear derecho, sino la de interpretar el derecho creado por el legislador. La Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, define la *jurisprudencia obligatoria* como el criterio sustentado en cinco ejecutorias del Pleno o de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no interrumpidas por otra en contrario. La jurisprudencia es una manifestación de la interpretación judicial del derecho; pero no todos los órganos jurisdiccionales pueden crear jurisprudencia (sentar jurisprudencia), ésta es una potestad que sólo los tribunales federales; por lo tanto, ningún tribunal estatal puede sentar jurisprudencia.

La consideración sobre el valor de la intervención notarial y la convicción de que el notario, en el ejercicio de su función, se conduce con estricto apego a las disposiciones legales y actúa con absoluta *imparcialidad*, ha sido recibida por los tribunales, en sus diversas resoluciones que han sentado jurisprudencia, entre otras, en las siguientes:

a) TESTIMONIO NOTARIAL. SU NO INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD NO LO INVALIDA. *La finalidad de la inscripción de un instrumento notarial consiste sólo en la publicidad de éste, toda vez que el acto en el consignado surte efectos desde el momento de su celebración y los derechos ahí establecidos provienen del acto jurídico declarado, es decir, los efectos de esa inscripción son declarativos, no constitutivos de derechos; luego, si en la especie la parte actora acreditó su personalidad en el juicio con la exhibición del testimonio notarial número 1219, la falta de su inscripción en*

³⁸ *Enciclopedia Hispánica*, volumen 8, Encyclopaedia Britannica Publishers, Inc., E.U.A., 1995.

el Registro Público de la Propiedad no lo invalida, puesto que el quejoso, siendo parte en el juicio, tuvo conocimiento de aquél, dándose entonces precisamente la finalidad de la inscripción. (Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito: Amparo Directo 858/86. Rogelio Barragán Galván. 10 de marzo de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Solórzano Zavala. Secretaria: María del Carmen Prado Carrera).

La tesis relacionada hace referencia al valor de los actos jurídicos otorgados ante notario y refuerza el carácter declarativo que las inscripciones en el Registro Público tienen en México; así pues, la constancia de un notario en el sentido que ante él se otorgó algún acto jurídico es suficiente para que el mismo valga entre las partes.

b) COPIA DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS. *Aun cuando la segunda o tercera copia de una escritura no se haya expedido con las formalidades a que se refiere la ley, no por eso puede decirse que no deba ser considerada como documento público, como es el notario que la autoriza, quien merece plena fe y que certifica la existencia del original y auténtico, expedido por un funcionario que merece la fe pública, como es el notario que la autoriza, quien merece plena fe y que certifica la existencia del original y la fidelidad de la copia; y esto basta para que deba ser clasificado como documento auténtico, expedido por un funcionario que merece la fe pública, en lo relativo al ejercicio de sus funciones; y cuando la ley define los testimonios, diciendo que son las primeras copias de las escrituras expedidas por el notario ante quien se otorgaron, y las ulteriores copias dadas por el mandato judicial, con citación de la persona a quien interesan, solamente quiere decir que las copias posteriores, que no han sido expedidas por mandato judicial ni con la citación del interesado, no son, con arreglo a derecho, testimonios, pero que no carezcan de los requisitos necesarios para que se les clasifique como documentos fehacientes. Ciertamente que un documento de esa naturaleza, no es bastante para fundar una acción ejecutiva, pues para este efecto, la ley quiere que se presente el primer testimonio de las escrituras públicas, o las copias ulteriores, dadas por mandato judicial, con citación de la persona a quien interesa su expedición; pero esto no quiere decir que estas mismas copias no puedan usarse en la vía ordinaria y que tengan el carácter de documentos fehacientes.* (Amparo Directo 3432/1968. Paz Alcántara de Rojas. Octubre 2 de 1969. 4 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez. 3ª Sala. Séptima Época. Vol. X. Cuarta Parte. Página 73).

La fe pública de que está investido el notario, que implica que los documentos autorizados por él hagan prueba plena tanto en juicio como fuera de él, se aborda en esta tesis, si bien es cierto que tales documentos pueden tener efectos diversos, pero por ningún motivo dejan de ser documentos auténticos, fehacientes.

c) IMPROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN DE FUNCIONES DEL NOTARIO.

Es improcedente conceder la suspensión contra el acuerdo administrativo que, fundándose en la ley, ordena que cesen los notarios en sus funciones, por lo que, con dicha suspensión podrán seguirse daños de difícil reparación a las personas que acudieren en solicitud de los servicios del notario, y si la sentencia de amparo es adversa al demandante, resultarían nulos y sin ningún valor todos los documentos que el mismo hubiera autorizado, causándose con ello un notorio perjuicio a la sociedad. (Especial. Sección Administrativa. Núm. 142. Apéndice 1985. página 196. Vol. IX).

La función notarial puede ser motivo de cuestionamiento, siempre, en virtud que la misma no satisfaga cierto tipo de intereses, pero la actuación firme, consciente y legítima del notario, debe sobreponerse a cualquier tipo de cuestionamiento, tan esto es así, que la tesis relacionada descansa en su reflexión sobre esos principios.

d) INCAPACIDAD DEL NOTARIO PARA TRAMITAR UN JUICIO. *Un notario no puede tramitar como abogado un juicio sucesorio ante los tribunales, aun cuando en este juicio no haya contienda. El notario solamente puede intervenir en las sucesiones como funcionario público en los casos expresa y limitadamente señalados por la Ley Procesal Civil, de acuerdo con los Artículos 1872 y siguientes del Código del Distrito Federal y Territorios Federales. Pero en este caso, el notario debe cobrar sus honorarios conforme al arancel de notarios, según dispone el Artículo 9º de la Ley del Notariado y no conforme, al arancel de abogados.* (Época Sexta. Cuarta Parte. Vol. XVI, página 107. Amparo Directo 441/57. Juan Moulin García. 4 votos).

La tesis en cuestión, abunda sobre el hecho que el notario no debe realizar funciones diferentes a las estrictamente indispensables para ejercer su función como un apostolado, que es la columna vertebral de la confianza pública.

e) ES RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO IDENTIFICAR A LOS CONTRATANTES: *Se da la relación de causa a efecto, entre la conducta de un notario y el daño resentido por la persona suplantada en el otorgamiento de un mandato, como resultado de la negligencia de dicho notario, al no identificar a la otorgante del mandato, y como consecuencia de la inexactitud del propio fedatario, al asentar en la correspondiente escritura, lo que de apariencia de legalidad del citado poder y permite al falso mandatario el cobro del depósito bancario constituido a favor de la persona suplantada; es decir, al hacer constar inexactamente el mencionado notario, que aquella persona otorgaba poder amplísimo para pleitos y cobranzas y actos de administración y de dominio, el citado fedatario creó el instrumento adecuado para que la institución bancaria depositaria hiciera entrega, al falso apoderado del importe del mencionado depósito; en otras palabras, con la referida escritura de poder, creó el notario el instrumento mediante el cual el supuesto apoderado pudo cobrar*

la suma indicada, en perjuicio de su legítima titulada. De lo anterior se colige que la indebida conducta del notario fue causa eficiente del daño indicado, como primera acción idónea para que se produjera el mismo, conducta que hace derivar para él la responsabilidad prevista en el Artículo 1788 del Código Civil para el Estado de Baja California, que dispone: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres causa daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima". Sin que sea necesario, para determinar la responsabilidad del notario que el daño patrimonial referido haya sido exclusivamente consecuencia de su expresada negligencia, elemento que él excluya afirmando que "el banco no debió hacer entrega de la cantidad que tenía en depósito si no se le devolvía previamente el título en que constaba dicho depósito. Y si a pesar de ello, la entregó, resulta evidente que el daño o perjuicio que con motivo de tal entrega pudiera resultar, no es una consecuencia inmediata y directa del poder que ante mí se otorgó...", pues si la mencionada institución bancaria incurrió en negligencia al entregar al falso apoderado el dinero depositado y sus intereses y esta conducta también contribuyó a producir el resultado dañoso, pudo tal vez incurrir en diversa responsabilidad, que no es el caso de determinar si la acción no se ejerció en contra de la citada institución; pero es necesario precisar que en todo caso, tal responsabilidad no excluye la del citado notario, dado que sin su conducta idónea para producir el resultado dañoso, éste no se habría producido, ya que sin la exhibición del testimonio notarial del poder aparentemente otorgado a favor del falso mandatario, el banco no habría dado trámite a su solicitud de retiro de los fondos depositados a nombre de quien en dicha escritura aparecía como poderdante. Debe en suma tenerse en consideración que, como lo ha establecido la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la base de la sanción de una conducta es la capacidad que esa conducta tenga para producir con certeza el resultado dañoso, es decir, la aptitud que esa conducta tenga para producir el resultado. (Suprema Corte de Justicia de la Nación. Jurisprudencia 1987-1988. Segunda Parte. Salas y Tesis Comunes. Volumen II D —a la— O. Mayo Ediciones. Libro 3, página 1910.)

Tanta confianza se deposita en la función notarial, que cualquier falta, por leve que pareciera, genera conflictos de tal envergadura como los que resultan de la tesis en cuestión, la que nos muestra que tal alta envergadura es correlativa de igual responsabilidad.

4. LA IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO EN ASUNTOS EXTRAJUDICIALES Y SUCESORIOS

NOT. DAVID FIGUEROA MÁRQUEZ

4.1. EL NOTARIO COMO CONSULTOR

El notario, en nuestro derecho, tiene como uno de sus oficios, el de ser consejero, asesor jurídico y avenidor de quienes requieren su asistencia. Es, en efecto, misión suya la de instruir, con su autoridad de jurisconsulto, a los interesados, sobre las posibilidades legales, requisitos y consecuencias de la relación que quieren establecer, no menos que la de conciliar y coordinar, con la *autoridad moral* que le es propia, las pretensiones de las partes, en el ritmo del Derecho y de la Ética.³⁹

El notario, por su calidad de jurista, desempeña una labor de consultoría constante; consultoría que puede realizar previa o concomitantemente a su intervención en la formalización de un negocio jurídico. *En el primer supuesto podrá percibir sus honorarios como otro jurista cualquiera y sin sujeción al Arancel Notarial. En el segundo supuesto, si su actividad como jurista cristaliza documentalmente antes del instrumento, pudiendo así destacarse de su actividad "funcionarista"... no cabe duda que podrá también percibir honorarios como profesional del Derecho...*⁴⁰ La Ley del Notariado para el Distrito Federal, en su artículo 33, establece las actividades que son compatibles con el ejercicio de la función notarial y, dentro de las mismas, regula la de: *"IV. Resolver consultas jurídicas objetivamente y ser consultor jurídico extranjero emitiendo dictámenes objetivos"*.

La consultoría es una de las actividades que realiza el notario, en su calidad de profesional del derecho y, pareciera, es una de las

³⁹ Castán Tobeñas, José, *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Instituto Ed. Reus, Madrid, 1946, pp. 45-46.

⁴⁰ Ávila Álvarez, Pedro, *Estudios de derecho notarial*, Ed. Montecorvo, S.A., 4ª ed., Madrid, 1973, p. 20.

más características, pues el preciso conocimiento de la ley, convierte al notario en uno de los consultores más confiables ya que, aunado al conocimiento del derecho, están los principios y valores que sustentan el ejercicio de su función, tales como la excelencia, la especialización, la legitimación, la objetividad, el profesionalismo, la imparcialidad, la sustentabilidad, y su independencia.⁴¹ El notario conoce la ley y adecua, a su espíritu, los acuerdos y convenciones de los particulares que acuden a su consejo; de esta manera, el notario, para el otorgamiento de un instrumento, debe asesorar a las partes y aconsejarles de manera que se obtenga el fin lícito buscado por las mismas. Ciertamente es que esta función de consultor jurídico, el notario la comparte con el abogado, pero en el caso de aquél, la función de consultoría tiene el valor agregado de la capacitación y especialización en la contratación además de que, como autor del documento, el notario proporciona mayor ventaja en el resultado de la consejería pues, necesariamente, la conducta de las partes, aconsejada por el notario, se plasmará en un documento notarial.

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

La función del notario es eminentemente jurídica, como profesional del derecho, escucha a las partes, recoge su voluntad, los asesora y aconseja e interpretando esa voluntad, redacta, con imparcialidad, el documento que las partes leerán y conformes con su contenido, lo otorgarán manifestando su conformidad con la forma en que, el notario, interpretó y plasmó su voluntad y, a mayor abundamiento, lo firmarán, con lo que las partes ratificarán esa voluntad expresada en el documento notarial. Es precisamente en la conformación del instrumento, donde el notario tiene que aplicar todos sus conocimientos jurídicos para redactar un documento que sea jurídicamente perfecto y, para tal efecto, debe examinar y valorar todos los elementos y requisitos a satisfacer en el mismo. *El notariado, es ser jurista, abogado, licenciado en derecho, perito en leyes, oye, asesora, aconseja a las partes; estudio profundo, actualización obligada, permanente, constante, insoslayable. Como consejero, siempre imparcial —qué difícil resulta para*

⁴¹ Ley del Notariado para el Distrito Federal, artículo 50.

los abogados sajones entender esta característica toral del notariado latino, que equilibra las partes, que las nivela—. Autor responsable del documento, lo concibe, lo crea, lo ajusta, lo redacta, y para ello interpreta la voluntad empírica de las partes, traduce esa voluntad en términos jurídicos, utiliza los medios más adecuados que el derecho ofrece, califica su legalidad, acredita la representación, examina títulos, cumple los requisitos que la ley exige, autoriza el instrumento, lo conserva, lo reproduce; todo eso es notariado.⁴²

En la doctrina notarial el notario es un “profesional del derecho”, guía de voluntades⁴³ que, con absoluta objetividad e imparcialidad, debe escuchar a las partes para conocer el negocio que han celebrado y le plantean para que, en un examen detallado del mismo, determine los elementos que se deberán satisfacer a fin de que el referido trato económico se convierta en uno de los contratos reglamentados por la ley o, incluso, de los no reglamentados pero que reúna los elementos de existencia y requisitos de validez que contemple el ordenamiento jurídico. Esa interacción del notario con las partes, en su primera entrevista o audiencia,⁴⁴ es lo que va a permitir que el notario conozca el “motivo determinante de la voluntad de cada una de las partes” para negociar, para vincularse económicamente, lo que, sin duda, le permitirá interpretar de la mejor manera esa voluntad para ajustarla a derecho de tal forma que el documento que redacte satisfaga, plenamente, esa intención negocial que, el notario, tradujo en un negocio jurídico, para cuya confección verificó que el mismo cumpliera con todos los requisitos de fondo y forma que el Ordenamiento Jurídico determina; así pues, el documento elaborado por el notario: a) Satisface las necesidades de las partes; b) Tiene la presunción de validez; y c) Produce todos los efectos jurídicos deseados; además de haber cuidado el cabal cumplimiento a las leyes que tuvieron relevancia para el acto consignado en dicho documento. Tales aspectos los contempla la Ley del Notariado del

⁴² Iturbide Galindo, Adrián R, “El Notariado en Sustantivo”, Conferencia magistral dictada en el Colegio de Notarios del Distrito Federal, A.C., el 17 de noviembre de 1999, publicada por la Revista de Derecho Notarial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., Año XL, número 114, México, 1999.

⁴³ Núñez Lagos y González, Palomino, citado por Luis Carral y de Teresa, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁴ La audiencia es una “*endo-patía*”, un sentir, los unos delante de los otros —*de visu et auditu*—, “a la vez”, cada uno “con los demás”. “Los Esquemas Conceptuales del Instrumento Público”. Conferencia magistral dictada por el sr. Notario Rafael Núñez Lagos en el II Congreso Internacional del Notariado Latino, publicada por la Revista Notarial del Consejo del Colegio de Notarios del Distrito Federal, Vol. V, Año VI, núm. 20, México, 1955.

Distrito Federal,⁴⁵ al señalar, en su artículo 31 que: “*El ejercicio de la función notarial es incompatible con toda restricción de la libertad personal, de las facultades de apreciación y de expresión*”, y no podría ser de otra manera, puesto que si el notario es el confidente⁴⁶ de las partes, es en la exposición que se le presenta, donde hace una auscultación del negocio, de las verdaderas intenciones y deseos de los contratantes, de tal modo que su ánimo no debe, en lo más mínimo, estar violentado por circunstancia, jurídica o extra-jurídica, alguna, debe tener una libertad absoluta para discernir de la mejor manera y apreciar en su justo contexto el interés en el negocio que se revela a sus sentidos; de esta manera, ¿quién más que el notario está facultado para estudiar los antecedentes, examinar los títulos y redactar el instrumento?, ¿quién más que él está capacitado para calificar la legalidad y procedencia del negocio? y, asimismo, ¿quién más que él está en aptitud de conocer las consecuencias jurídicas del acto celebrado por las partes, de modo tal que, con suficiencia, pueda “*ilustrar a los otorgantes acerca del valor, las consecuencias y alcance legales del contenido de la escritura*”?⁴⁷ La respuesta a estas interrogantes nos orilla a la afirmación de que el notario es el profesionista indicado para brindar seguridad y certeza a las partes contratantes logrando, con ello, que se cumpla el fin último del ordenamiento jurídico mexicano, esto es, la *seguridad jurídica*. En suma es el notario quien, conocedor de los pormenores del negocio, pone los cimientos para la construcción de un instrumento notarial sólido en el que se cubren todos los requisitos de fondo y forma que el acto requiere de manera que, el mismo, surta los efectos deseados no sólo entre las partes sino también frente a terceros, los que deberán estar y pasar, por la fe notarial, a las consecuencias legales del acto formalizado.

El notario es un jurista, “*toma la norma vacía, en abstracto, que ha creado el legislador, la llena con un negocio jurídico, y así contribuye a la creación de derechos subjetivos y de relaciones jurídicas. Convierte el pacto económico en pacto jurídico y debe conocer y está obligado a conocer el derecho vigente así como la doctrina. Realiza, en suma, una función jurídica. El notario, en ocasiones, al no encontrar molde legal el pacto económico que se le presenta, idea una norma propia para el caso, basado en sus conocimientos de jurisperito y en su experiencia; y al hacerlo, como el legislador, crea una*

⁴⁵ Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 28 de marzo de 2000.

⁴⁶ Del latín *confidens* —*entis*, participio activo de *confidère*, confiar— adjetivo que significa fiel, seguro, de confianza. Persona a quien otro fía sus secretos o le encarga la ejecución de cosas reservadas, *Diccionario de la Lengua Española*, *op. cit.*, pág. 379.

⁴⁷ *Ley del Notariado para el Distrito Federal*, Art. 102, fracc, XX, inciso d).

norma (v. gr. en los casos de contratos innominados, renunciadas a las leyes que no son de orden público, al redactar contratos complicados y que están insuficientemente reglamentados, como el de fideicomiso, etc.)...".⁴⁸

4.2. EL NOTARIO COMO ÁRBITRO

El notario tiene reconocido por la mayoría de las legislaciones notariales de la República Mexicana, como un atributo más en el desempeño de su función, la de fungir como árbitro o secretario en juicio arbitral (art. 33, fracc. VI de la Ley del Notariado para el D.F.). El árbitro es la persona que, sin ser funcionario judicial y por acuerdo de las partes en conflicto, conoce de un litigio, lo tramita y pronuncia sentencia sobre él. El arbitraje es voluntario pues, en caso contrario, los tribunales carecerían de competencia y autoridad. Es, el arbitraje, una forma hetero-compositiva, es decir, una solución al litigio, dada por un tercero imparcial (Carneluti), un juez privado o varios, generalmente designado por las partes contendientes, siguiendo un procedimiento aunque regulado por la ley adjetiva tiene un ritual menos severo que el del procedimiento del proceso jurisdiccional. La resolución por la que se manifiesta el arreglo se denomina *laudo*, cuya eficacia depende de la voluntad de las partes o de la intervención judicial oficial, según las diversas variantes que se presenten.⁴⁹

El arbitraje puede definirse en una forma sencilla, como un medio o una técnica mediante el cual tratase de resolver las diferencias surgidas entre las partes o a través de la voluntaria sumisión de las mismas al fallo o laudo que debe rendir una tercera persona o comisión, no investidas de autoridad jurisdiccional.⁵⁰ El arbitraje es pues, un procedimiento formal, al que las partes acuden por voluntad propia y con reglas propias, encargando la solución de su conflicto a un tercero imparcial, seleccionado por las mismas partes.

En materia de arbitraje, encontramos los conceptos siguientes:
a) *Cláusula Compromisoria*, que es un segmento, un apartado de un contrato en virtud del que las partes estipulan que en caso de surgir una contienda jurídica entre ellas, se someterán para su arreglo a un arbitraje. Es obvio, que esta cláusula que tiene el acuerdo de voluntades de los interesados, es previa al nacimiento del litigio futuro y

⁴⁸ Carral y de Teresa, Luis, *op. cit.*, pp. 101 y 102.

⁴⁹ Flores García, Fernando, *Arbitraje*. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, A-B, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982.

⁵⁰ Siqueiros, José Luis, *Arbitraje comercial*, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, A-B, UNAM, México, 1982.

de su posterior arreglo arbitral; b) *Compromiso arbitral*, es el acuerdo pactado entre las partes, una vez que ya se suscitó una controversia jurídica entre ellos, para que su lid sea dirimida en el porvenir por medio del arbitraje; es decir, el compromiso se conviene después de planteado el pleito actual; y c) *Contrato arbitral o contrato de arbitraje*, es el acuerdo de voluntades entre los contendientes y el árbitro designado, en el que se consignan las obligaciones y derechos de los árbitros en relación con las partes; así: el plazo para resolver, los honorarios a cubrir, etcétera.⁵¹

En el ejercicio de su actividad como árbitro, el notario debe ajustarse a las disposiciones de los diferentes ordenamientos sustantivos o adjetivos, que reglamenten esta materia; así pues, si de arbitraje comercial se trata, las disposiciones conducentes se contienen en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, por virtud de las cuales, el notario (erigido en Tribunal Arbitral) conocerá de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre las partes que decidieron someterse a su intervención (mediante una cláusula compromisoria o un acuerdo independiente), respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, excluyendo la intervención de un juez. El Código de Comercio Mexicano establece que el árbitro deberá conducirse con *imparcialidad e independencia*, debiendo revelar a las partes todas aquellas circunstancias que le impidan actuar de la manera señalada y, en caso que no fuere así, al momento en que éstas sean conocidas por las partes, las mismas podrán recusarlo.⁵² Las cualidades de *imparcial e independiente*, son inherentes a la función notarial, por lo que podría afirmarse que un árbitro nato es un notario, ya que el mismo está impuesto para actuar con estricta sujeción a las leyes respectivas y con absoluta objetividad, a grado tal que será el primero en excusarse de actuar como árbitro si median circunstancias que le impidan atender el procedimiento con imparcialidad, equidad, justicia y, consecuentemente, con seguridad jurídica.

⁵¹ Flores García, Fernando, *Arbitraje*. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, A-B, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982.

⁵² Código de Comercio, ART. 1428.—“La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencias...”. ART. 1429.—“Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualidades convenidas por las partes”.

La actuación del notario como árbitro que le permite, incluso, el cobro de las costas del procedimiento arbitral,⁵³ sin sujetarse al arancel que se tenga establecido, imprime mayor garantía de efectividad al procedimiento mismo, pues si bien es cierto que el árbitro sólo decide como amigable componedor o en conciencia cuando las partes lo autorizan expresamente,⁵⁴ también lo es que el notario (con una ascendencia natural sobre las partes que deriva de su consideración en la sociedad como honorable jurisperito), se conducirá considerando buscando resolver el litigio de manera satisfactoria para ambas partes de manera que el laudo que dicte satisfaga los intereses de ambas partes en conflicto (no obstante uno “gane” y otro “pierda”), con lo que se logra una impartición de justicia efectiva entre las partes puesto que todo conflicto tiende a buscar, siempre, una solución y no a perpetuarse como conflicto.

No obstante, se pregunta el doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo:⁵⁵ ¿es posible que el notario actúe como árbitro en los contratos ante él otorgados?, no será que ¿está excluido de esa posibilidad por considerar que tiene interés en el negocio? Las respuestas a estas interrogantes las podemos encontrar en el desarrollo de este inciso y coincidiremos con el letrado, que sí es posible que el notario actúe como árbitro en los conflictos que resulten de los instrumentos otorgados ante él, pues si bien es cierto que él es su autor, también lo es que en su concepción, preparación e instrumentación, se condujo con absoluta objetividad e imparcialidad y cuidó que el mismo satisficiera todos los requisitos legales; los derechos y las obligaciones que nacen de los contratos otorgados ante él y de los cuales da fe, *no son suyos, él no es parte en los mismos*, las partes y los facultados u obligados son los que, en su oportunidad, comparecieron ante él, le plantearon su negocio y otorgaron el instrumento redactado por el notario y que, ahora, se encuentran en conflicto que pretenden resolver mediante su arbitraje, con los mismos presupuestos que en su primera entrevista o audiencia, esto es, descansando en la pericia y sapiencia del notario (ahora árbitro) y confiando en su imparcialidad y buena fe. Los impedimentos que los códigos adjetivos establecen para que un juez conozca de un asunto se centran, primordialmente,

⁵³ El Código de Comercio establece como costas, lo siguiente: *ART. 1416.— Para los efectos del presente título se entenderá por: IV. Costas, los honorarios del tribunal arbitral; los gastos de viaje y demás expensas realizadas por los árbitros...*”

⁵⁴ Artículo 1445 del Código de Comercio.

⁵⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *El Colegio de Notarios como centro administrador de arbitraje*, Revista Mexicana de Derecho, Año 1, Núm. 1, McGraw Hill/Interamericana Editores, S. A de C. V., México, 1999, p. 199.

en el aspecto relativo a que pueda ser parcial; esto no sucede con el notario, la imparcialidad está en su naturaleza y no actúa con parcialidad, por convicción. Una cláusula arbitral en un contrato, puede ser la vía por la cual, para todo lo relacionado con la interpretación y cumplimiento del mismo, las partes se sometan al arbitraje del notario autorizante del documento notarial y, en caso que a la fecha del conflicto el notario respectivo no estuviere en funciones, se puede convenir aceptar, como árbitro en el asunto, al notario que designe el Colegio de Notarios de la localidad.

4.3. EL NOTARIO COMO MEDIADOR

La mediación es uno de los mecanismos de solución pacífica de controversias, que se caracteriza por la participación de un tercero imparcial en un conflicto que, sin someterse a un procedimiento formal, involucra a otros, a fin de encontrar una solución satisfactoria para las dos o más partes en conflicto, razón por la cual, el mediador o amigable componedor, no dicta una sentencia o emite una resolución que resuelva el conflicto y constriña a las partes a acatar su dictamen; la solución alcanzada por las partes con la participación del mediador es conveniente para todas, no se resuelve el conflicto, *se termina con él.*

La mediación es un proceso de resolución de disputas en el cual una o más terceras partes imparciales, intervienen en un conflicto con el consentimiento de los disputantes y los asiste para que negocien un convenio satisfactorio para las partes. En otras palabras, la mediación abre un espacio seguro para que las personas involucradas en una controversia, puedan expresarse libre y abiertamente. En este caso, las decisiones son tomadas por las partes. Además, la mediación trasciende la disputa y enseña a los participantes nuevas formas de interacción y de manejo de situaciones conflictivas, habilitándolos para la interacción social, con el interés de que no tengan que recurrir a la mediación nuevamente.

En la mediación, lo que se busca es reconstruir la comunicación entre las partes que muchas veces están distanciadas: Corresponde al mediador facilitar la reconstrucción de esa comunicación fracturada y buscar el acercamiento de las partes, a efecto de que su desavenencia no llegue a presentarse como un conflicto judicial, sino a que se den la oportunidad de armonizar sus distintos puntos de vista, a efecto de llegar a un acuerdo. El mediador se acerca a las partes mediante un método para empatizar con ellas y lograr que uno y otro se escuchen activamente, no sólo los reclamos de sus posiciones, sino

*sus verdaderas necesidades, así como sus sentimientos y emociones, para lo cual tendrá que haber sido capacitado en el manejo de habilidades especiales para aplicar este método.*⁵⁶

La labor de mediación es otra de las que conforman a las leyes notariales del país, los notarios pueden realizar,⁵⁷ tal vez porque la actividad del notario consiste en *ESCUCHAR* a quienes acuden ante él a plantearle o un negocio o la solución de un conflicto; el notario a conciencia, con paciencia, sapiencia, y humildad, escucha a las partes, además, con una cualidad que lo define y que es la imparcialidad (que lo coloca por encima del interés de las partes) aconseja a las mismas, canalizando sus diferencias a la obtención de una solución que resulte satisfactoria para las dos o más partes conflictuadas. Si bien es cierto que la mediación es posible cuando existe una disputa o diferencia, también lo es que al notario le toca prever dichas disputas o diferencias y, en su caso, prevenirlas; así pues, el notario conociendo cuál es la voluntad de las partes que acuden a su consejo, los asesora no sólo útil, sino eficazmente, labor ésta no sencilla, puesto que, las más de las veces, quienes acuden al notario no saben lo que quieren y le corresponde al notario desentrañar esa voluntad interna que no se sabe externar, para conformar el negocio que no traicionará la voluntad de quienes confían en él y, además, satisfará sus intereses, tanto en el aspecto jurídico, como en el económico, administrativo y fiscal. Así pues, el notario no sólo debe conocer el derecho, sino conocer la naturaleza humana, para conducirse de manera que inspire confianza a las personas que acudan ante él, logre ser el confidente de las partes y les proporcione la fórmula jurídica que colme sus aspiraciones e intereses y los mantenga a paz y a salvo de malas interpretaciones o soluciones inadecuadas.

Ser notario no es suficiente para ser mediador, pero es un excelente principio para lograr la finalidad buscada por el mediador o amigable componedor, que es la paz, valor éste que parece cada vez más alejado del modelo de vida de las sociedades contemporáneas que se ufanan por buscar preeminencias políticas o económicas, sin cuidado de los valores, personas o cosas que deban arrasar para conseguir su objetivo; que hacen de la violencia no sólo un producto de difusión masiva, sino un *modus vivendi*, a grado tal que los ingresos por la comercialización de armas llegan a ser tan importantes que,

⁵⁶ Pérez Fernández del Castillo, Othón y Rodríguez Villa, Berta Mary, *Manual Básico del Conciliador*, Vivir en Paz, ONG, México, 2003, pp. 14-15.

⁵⁷ Ley del Notariado para el Distrito Federal: ART. 33.—“El notario sí podrá... VII. Ser mediador jurídico; VIII. Ser mediador o conciliador...”

con la excusa de su destrucción, se invierten cuantiosas sumas de dinero, se invaden pueblos, se destruyen culturas, se mancillan idiosincrasias, y se construyen poderíos espurios que, en sus cimientos, llevan el material de su propia destrucción; en fin, las sociedades contemporáneas se olvidan de algo tan sencillo como lo que a los mexicanos y a la humanidad, en general, nos enseñó, de tiempo atrás, el "*benemérito de las américas*", don Benito Juárez, al decir que: "*entre los individuos como entre las naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz*".

4.4. EL NOTARIO COMO AUXILIAR DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 17, consagra el derecho de los mexicanos para que se les *administre justicia* por tribunales (independientes y con fuerza ejecutoria) que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones, señala, *de manera pronta, completa e imparcial*. La administración de justicia, entonces, en este país, contiene las tres *íes*: INMEDITA, ÍNTEGRA e IMPARCIAL.

La administración de la justicia, para los nacionales mexicanos, es un derecho que preocupa, hondamente, al Estado Mexicano, de modo tal que busca auxiliarse de la mayor cantidad de instituciones posibles, a fin de lograr el objetivo constitucional consistente, precisamente, en la administración de justicia; a este efecto, la Ley del Notariado para el Distrito Federal, en su artículo 7º, establece como *PRINCIPIO REGULATORIO* e *IMPERATIVO* de la función notarial: "*V. El ejercicio de la actividad notarial, en la justa medida en que se requiera por los prestatarios de los servicios; obrando con estricto apego a la legalidad aplicable al caso concreto, de manera imparcial, preventiva, voluntaria y auxiliar de la administración de justicia, respecto de asuntos en que no haya contienda*"; el artículo 11, expresamente, señala: "*Los notarios son auxiliares en la administración de justicia. La Asamblea, la Administración, el Tribunal y el Colegio coadyuvarán en el desempeño de esta función*"; y el artículo 42, en su segundo párrafo, establece que: "*El notario conserva los instrumentos en el protocolo a su cargo, los reproduce y da fe de ellos. Actúa también como auxiliar de la administración de justicia, como consejero, árbitro o asesor internacional, en los términos que señalen las disposiciones legales relativas*". De los preceptos citados resulta que el notario, en el ejercicio de su función pública de responsabilidad privada, es un auxiliar de la administración de justicia en los asuntos en que no haya contienda.

Pero resulta importante precisar el sentido en que se considera al notario como auxiliar en la *administración de justicia*. Este término tiene dos significados: I. Sinónimo de función jurisdiccional; y II. Gobierno y Administración de los Tribunales.⁵⁸ Definitivamente, la acepción a utilizar es la primera, puesto que la segunda es una función propia de gobierno y corresponde al Consejo de la Judicatura Federal, en términos de lo dispuesto por el artículo 100 de la Constitución Política: "*La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*". La Administración de justicia, como función jurisdiccional, se refiere a la actividad de los tribunales que se dirige a la resolución de controversias mediante el ejercicio, por los particulares, de las acciones que regulan las leyes adjetivas, conforme a los procedimientos reglamentados por las mismas. En este campo de la administración de justicia, los notarios tienen un rol relevante, pues asuntos en los que no existe contienda y se someten a la jurisdicción de los tribunales (que son los conocidos como *jurisdicción voluntaria*), son muchos y en todos ellos, el notario puede intervenir colaborando con el Estado en la administración de justicia. El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 839, define a la Jurisdicción Voluntaria, diciendo que: *La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.*

En la jurisdicción voluntaria no hay un verdadero juicio, no se juzga, no se condena o se absuelve, el juez sólo se limita a fijar hechos, a realizar diligencias, a recibir declaraciones o archivar documentos, siempre sin oposición alguna; tampoco en este tipo de asuntos el juez dictará una sentencia, sino una resolución, la cual no es necesario que "cause estado".

Para Lavandera y Bellver Cano, en España, como para Patria y Donà, en Italia, función notarial y jurisdicción voluntaria son, prácticamente, términos equivalentes. Según la tesis de este último, aunque el notario carezca de jurisdicción en el sentido de que no tiene *merum imperium* o *ius gladii*, ejerce jurisdicción si se acepta el sentido romano de la llamada jurisdicción voluntaria que consistía en imprimir forma y fuerza jurídicas a los actos y manifestaciones consensuales o unilaterales de la vida privada. Entre la función notarial y la función judicial del orden contencioso hay cierto parentesco, puesto

⁵⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *Administración de justicia*, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, A-B, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982.

que ambas tienen como finalidad asegurar la eficacia de los derechos y, mediante ello, servir a la justicia.⁵⁹

Para Francisco Xavier Arredondo Galván, en México,⁶⁰ *Ni Jurisdicción ni voluntaria*, pues el vocablo "jurisdicción voluntaria" es un desafortunado término jurídico, puesto que no significa su literalidad, ya que ni es verdadera "jurisdicción", al no dirimir controversia alguna, ni tampoco es realmente "voluntaria", puesto que los particulares no pueden en todos los casos optar por diversas vías o alternativas, sino que deben seguir ese procedimiento obligatoriamente por disposición de la ley ante los tribunales, si se requiere obtener el fin perseguido.

Caben evidentes analogías entre la función notarial y la jurisdicción voluntaria: sobre todo si a esta última se le atribuye un significado de la máxima latitud. Pero el resultado no es muy provechoso desde el punto de vista científico porque el concepto jurisdicción voluntaria es ambiguo en exceso. Por el proteísmo del concepto puede concluirse que si bien toda o la mayor parte de la jurisdicción voluntaria debería integrarse en la función notarial, esto no significa que todas las actuaciones notariales sean jurisdicción voluntaria.⁶¹

El procesalista José Becerra Bautista denomina a los actos de jurisdicción voluntaria como *proceso voluntario* y los clasifica en dos grupos: 1. Procesos voluntarios típicos. Son los procesos voluntarios de contenido administrativo a cargo del juez; en la formación de relaciones jurídicas concretas, acredita en forma solemne la legalidad del acto realizado. Entre estos procesos incluye: a) las informaciones *ad perpetuam*; b) la inmatriculación de inmuebles; c) las informaciones posesorias; d) el apeo y deslinde. y 2. Procesos voluntarios atípicos. En estos procesos, aunque también voluntarios, el juez debe resolver la petición respectiva, mediando tramitación similar a la contenciosa en que se reciben pruebas y se dicta resolución con fuerza constitutiva, de tal manera que crea derechos y obligaciones a favor del promovente y de terceros. Entre estos procesos incluye: a) adopción; b) revocación voluntaria de la adopción; c) autorización para vender y gravar bienes y transigir sobre derechos de menores, incapacitados y ausentes; d) declaración de estado de minoridad o de incapacidad por demencia; e) nombramiento de tutores; f) nombramiento de cura-

⁵⁹ Jiménez-Arnau, Enrique, *Derecho notarial*, Eunsa, Pamplona, España, 1974, pp. 310-325.

⁶⁰ Arredondo Galván, Francisco Xavier, *La intervención del notario en algunos procedimientos de jurisdicción voluntaria*, Revista Mexicana de Derecho, Año 1, núm. 1, McGraw Hill/Interamericana Editores, S.A. de C.V., México, 1999, pág. 167.

⁶¹ Jiménez-Arnau, Enrique, *op. cit.*, pp. 310-325.

dores; g) autorizaciones judiciales que solicitan los emancipados; h) depósito de personas; e, i) otras intervenciones judiciales necesarias.

Francisco Xavier Arredondo Galván distingue dos tipos de actos de jurisdicción voluntaria, según el funcionario ante quien se tramiten, a saber: 1. *Actos de jurisdicción voluntaria de competencia judicial*. Se trata de los actos donde necesariamente debe intervenir el juez y que no pueden ser tramitados ante notario, porque implican autorizaciones o son complemento de capacidad insuficiente, donde el juez actúa como autoridad en representación del Estado, protegiendo intereses superiores de la sociedad. y 2. *Actos de jurisdicción voluntaria de competencia notarial*. Aquí se trata de actos de naturaleza exclusivamente cautelar-privada, donde no se justifica la intervención del juez, pues sólo se protegen derechos de particulares sin existir materia de interés público alguna; actos que, sugerimos, deben pasar a la competencia notarial a fin de descongestionar la función jurisdiccional y abatir el costo de la justicia. Las actuaciones del registro y del estado civil que pueden quedar como concurrentes en la competencia de jueces del Registro Civil y notarios, aunque no son estrictamente de jurisdicción voluntaria, son: 1. El matrimonio civil y las capitulaciones matrimoniales; 2. Aclaraciones de las actas del estado civil; 3. Divorcio administrativo.⁶²

En nuestra opinión, el notario moderno tiene ya los elementos para despachar todo asunto de jurisdicción voluntaria; la mejor prueba de esta aseveración es que el notario despacha en la actualidad la mayor parte de este tipo de negocios (actividad documentadora y sucesoria); además, debemos tener en cuenta que el notario es fruto de una evolución social clara; y que esta evolución no está terminada. Por lo mismo, atribuirle al notariado el despacho de diversos asuntos de este tipo, sería lo natural dentro de esta evolución y significaría progreso, no sólo para desahogar los tribunales que actualmente están congestionados de trabajo, sino para lograr una mejor colocación de estos negocios, los cuales como hemos visto no reúnen los requisitos de los auténticos negocios judiciales.⁶³

Francisco Xavier Arredondo Galván opina que, en principio, sólo deben ser atribuidas a la competencia notarial aquellas actuaciones de jurisdicción voluntaria o de carácter cautelar-privado, cuya finalidad puede ser lograda con la actuación del notario según las normas que regulan su función y que no desvirtúen su compleja red

⁶² Arredondo Galván, Francisco Xavier, *op. cit.*, pp. 179-180.

⁶³ Morales Díaz, Francisco de Paula, *El Notariado, su evolución y principios rectores*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., 1ª ed., México, 1994, p. 149.

de funciones públicas. En resumen, no deben ser notariales y deben quedar de la competencia judicial: *a)* los actos de jurisdicción voluntaria que afecten los intereses públicos; *b)* los actos en los que se trate de la persona o de los bienes de menores e incapacitados; *c)* cuando se trate de autorizaciones complemento de capacidad; y, *d)* en general, cuando el juez intervenga como autoridad para definir y determinar un nombramiento o la definición de un derecho no controvertido. Actualmente las legislaciones establecen algunos casos de competencia concurrente judicial y notarial. El mismo autor cree que resulta conveniente suprimir dicha concurrencia, porque de esa manera no se logra el objetivo principal. Dejar en el ámbito de la jurisdicción todas aquellas actuaciones que lo justifiquen; y, pasar al notario todas aquellas que no se justifiquen por la naturaleza del órgano jurisdiccional y sí se acepten por la naturaleza misma cautelar privada de la función notarial. Se deben transferir al notario todas aquellas actuaciones que no sean de carácter jurisdiccional en su justa dimensión, a fin de que los jueces puedan administrar mejor la justicia entre los ciudadanos. Además, con tal transferencia, se cumple con la anhelada medida de desahogar al Poder Judicial de todos los actos de naturaleza cautelar-privada (actos de jurisdicción voluntaria que no impliquen actos de autoridad o autorizaciones complemento de capacidad), abatiendo así la lentitud y rezago y bajando considerablemente el costo de la justicia para el Estado.

Propone como actuaciones de jurisdicción voluntaria, las doce siguientes: 1. Las informaciones *ad perpetuam rei memoriam* para justificar hechos y acreditar derechos; 2. Las informaciones *ad perpetuam* para acreditar residencia, buena conducta, dependencia económica o cualquier otro hecho notorio; 3. Las informaciones *ad perpetuam* para acreditar el dominio de construcciones; 4. Las informaciones *ad perpetuam* para comprobar la posesión de un derecho real; 5. Cambio voluntario de nombre o aclaración de uso indistinto de varios nombres; 6. El procedimiento voluntario de apeo y deslinde; 7. La constitución y extinción voluntaria del patrimonio familiar; 8. Liquidación de sociedad conyugal sin conflicto ni menores; 9. Modificación voluntaria de capitulaciones matrimoniales; 10. La sucesión testamentaria sin conflicto ni menores; 11. La sucesión intestada sin conflicto ni menores; y 12. El nombramiento de albacea en sucesiones sin conflicto ni menores.

Por otra parte, considera como ventajas para mantener o transferir los actos de jurisdicción voluntaria a la función exclusiva de los notarios, las siguientes:

1. *Aprovechar la infraestructura de las oficinas notariales.* Los notarios tardan varios años para integrar un equipo de trabajo capacitado y eficiente. A través de constantes actualizaciones dotan a sus oficinas de los últimos avances en informática e impresión documental. Todo eso corre a cargo de los propios notarios y el erario público no tendría que distraer partidas presupuestales para este fin.

2. *Utilizar la experiencia y capacidad jurídica de los notarios.* En el Distrito Federal, el acceso a la función notarial se realiza a través de un riguroso examen de oposición que implica serios estudios y larga capacitación previa en la notaría por parte de su titular. De esta manera y por la práctica diaria el notario deviene en un verdadero experto jurídico. Esa experiencia adquirida, lo convierte en un verdadero perito en la materia, y lo coloca en la mejor posición como órgano adecuado para auxiliar al Poder Judicial en el buen manejo de los procesos de interés privado de jurisdicción voluntaria. Esta capacidad jurídica está garantizada con las responsabilidades administrativas, civiles y penales que establece la ley para la prestación de los servicios públicos notariales. Esta experiencia jurídica y garantía de responsabilidad puede ser aprovechada por el Estado sin necesidad de contratar o formar nuevos abogados para esta función.

3. *Se logra un procedimiento más rápido, más simple y más barato.* El trámite del procedimiento de jurisdicción voluntaria en notarías será sin duda más rápido, por contar éstas con equipos modernos y personal suficiente; más simple, porque se evitan algunas etapas y tiempos que en materia procesal son inevitables y que alargan el procedimiento; más barato, porque los costos que actualmente se producen en la prestación vía judicial, aunque formalmente se dice son servicios gratuitos para el usuario, en la realidad generan honorarios y gastos, tanto de abogados como de los terceros. Además, para el Poder Judicial se destina un fuerte gasto administrativo que se croga del presupuesto público; y otro elemento que incide en el costo del actual servicio judicial es el tiempo; los "ires" y "venires" y la conocida lenta tramitación vía judicial por el cúmulo de trabajo representan tiempo, el tiempo cuesta dinero y esto cada quien lo valora de diferente forma. Todos estos gastos se reducirían notablemente con la intervención notarial.

4. *Se facilita a los ciudadanos mayor acceso a la seguridad jurídica.* La población tendrá más facilidad para realizar trámites de jurisdicción voluntaria que hoy no efectúa, en virtud de que para empezar el trámite tiene que acudir al despacho de algún abogado a contratar sus servicios y su expectativa es que será sin duda un engorroso trámite con muchos gastos. Por ello, muchas personas que desean y

requieren un trámite de jurisdicción voluntaria, no lo realizan, privándose así de acceder a la justicia y a la seguridad jurídica, en detrimento de la armonía y la paz social. Así, muchas familias acumulan trámites legales pendientes que van dejando pasar, a veces de generación en generación, provocando en la intimidad de la familia tensiones inútiles y, en ocasiones, divisiones y discusiones interminables, que a la larga traen graves consecuencias de desunión familiar y sobre todo, producen costos más elevados por la incomunicación cada vez mayor que se va creando. Con el traslado de algunos trámites de jurisdicción voluntaria al notario, la población tendrá un mayor acceso a la seguridad jurídica.

5. *Se aumenta la presencia del "derecho preventivo".* El derecho "cautelar", que no es otra cosa que el derecho "preventivo", es fundamental en la vida social. Tenemos que vivir todos con seguridad, para ello es conveniente redactar los contratos de manera auténtica: debemos dejar certeza en las obligaciones que asumimos, si somos acreedores; debemos obtener debidamente garantías de que seremos pagados; debemos estar ciertos de que somos los únicos y verdaderos propietarios de nuestros bienes; que tenemos capacidad de representación y defensa, que tenemos documentos con los cuales podemos probar nuestros derechos y que nos permiten reclamar su cumplimiento, en fin, que contamos con herramientas jurídicas válidas y eficaces para acceder a la justicia. El derecho preventivo realiza una función anti-litigiosa, pues evita que las personas tengan que discutir y litigar todo y, principalmente, que tengan que pagar el alto costo que implica acceder a la función jurisdiccional. El derecho preventivo fija con precisión y definitividad los derechos y las obligaciones, evita dilaciones y discusiones que alteran la vida productiva del país. Si hay mayor presencia del derecho cautelar en la vida social, si se fomenta la asesoría y el consejo a través de jueces, abogados y notarios, entonces se verá reducida notablemente la acción jurisdiccional. Es una prioridad social difundir y promover la presencia del derecho preventivo, en bien de las familias y de las empresas que desean conservar su patrimonio y evitar ser sorprendidos por personas atrabiliarias que pretendan abusar de sus derechos. Es fundamental lograr en nuestras comunidades la armonía social y una buena parte de ellas se logra a través de una contratación ágil y segura, y otra, con procedimientos fáciles y seguros a través del juez y del notario, que permitan a los ciudadanos lograr la certeza y seguridad jurídica que garantiza la Constitución.

6. *Se abate el costo de la justicia a cargo del Estado.* Con el traslado de los actos de jurisdicción voluntaria a los notarios, se reducirá el

costo de la justicia, disminuirán los altos montos de presupuesto del erario público destinados a la prestación de los servicios del Poder Judicial. También se abate el costo de la justicia, al no distraer a los jueces en funciones que no son estrictamente jurisdiccionales, a fin de que dediquen toda su atención a resolver contiendas, o realizar las actuaciones de jurisdicción voluntaria que impliquen autorizaciones o actos de autoridad para proteger intereses públicos.

7. *Se traslada el costo del procedimiento a los particulares.* En la actualidad todo corre por cuenta del erario público. Con el traslado de algunas funciones de jurisdicción voluntaria, los costos se trasladan a los particulares que, a pesar de la primera impresión, no verán aumentados los "costos indirectos" que ya hoy pagaban a través de los costos de abogados y de terceros. Los particulares tendrán la posibilidad de elegir el mejor servicio y el mejor costo. La libertad de elección viene a ser la característica de la nueva prestación de tales servicios.

8. *Se garantiza un costo razonable del servicio a través de los aranceles notariales.* Los costos por los nuevos procedimientos de jurisdicción voluntaria no serán onerosos. La autoridad deberá fijar montos razonables y diferenciados, según la situación económica de los usuarios a través de los aranceles notariales que deberán ser actualizados. El costo notarial está regulado actualmente con aranceles que son bajos y, de ser necesario, si así se acordara con las autoridades notariales, se podría llegar a un convenio con el colegio de notarios local para fijar cuotas razonables en los asuntos de jurisdicción voluntaria que garanticen a la población la prestación del servicio.

9. *Se refuerza la función jurisdiccional del Estado.* Con la supresión de funciones judiciales donde no haya controversia, se verá reforzado el servicio público jurisdiccional; pues éste podrá concentrarse en dirimir controversias y otorgar autorizaciones o dictar decretos de autoridad de interés público, sin necesidad de invertir su capacidad e infraestructura en trámites administrativos. Tendrá menos asuntos que desahogar y más capacidad y dedicación para impartir justicia pronta, como reclama al Estado la ciudadanía.

El Ier. Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en la Ciudad de Buenos Aires, en 1948, en materia de jurisdicción voluntaria, concluyó que:

1. 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. En su función está comprendida la autenticidad de los hechos; y

2. Es su aspiración que todos los actos de jurisdicción voluntaria en el sentido dado a esta expresión en los países de habla castellana, sean atribuidos, exclusivamente, a la competencia notarial.

4.5. EL NOTARIO ANTE LOS ABUSOS EN LA CONTRATACIÓN (CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN)

De siempre, todos los negocios han tenido un sustrato económico; las ventajas o desventajas en un intercambio o *trato* económico, determinan nuestro proceder. Tan esto es así, que es de explorado derecho que todo proceso volitivo inicia con la concepción del acto jurídico a realizar, su deliberación en cuanto a su conveniencia o inconveniencia, la decisión de su realización y, por último, la manifestación de voluntad, en sentido afirmativo o negativo, ya sea expresa o tácitamente. Todo *trato* se convierte en *contrato*, en tanto los negociantes lo presentan al notario y éste lo ajusta a derecho, conformándolo en alguno de los tantos que reglamenta la legislación civil, que el notario debe conocer y redactar, con absoluta imparcialidad, coordinando y equilibrando los intereses de aquéllos, de manera que su voluntad fecunde en el campo del derecho. El documento que redacta el notario, reúne tres elementos importantes: a) Satisface las necesidades de las partes; b) Tiene la presunción de validez; y c) Produce todos los efectos jurídicos deseados; donde se dio cabal cumplimiento a las leyes que tuvieron relevancia para el acto consignado en dicho documento.

Con su intervención, en el mundo de los negocios, el notario garantiza no sólo el orden de aquél sino, además, un Orden Jurídico, que podría definirse, como la coexistencia pacífica de un conglomerado social, en una circunscripción territorial determinada, con estricto respeto a sus principios, valores y realidades que lo caracterizan y distinguen, de acuerdo a sus antecedentes e idiosincrasia jurídicas. *“La actuación del notario se inserta en el mismo tráfico negocial, al que orienta con su labor asesora; se sitúa entre las partes, como tercero imparcial, que recoge su voluntad negocial, la traduce jurídicamente, configura, redacta y dota al texto por él autorizado de una presunción de legalidad e inviste de su fe pública. La actividad del notario no se refiere sólo a un negocio presente, sino que empieza cuando todavía es futuro, y, dependiendo de la voluntad de las partes, puede aún moldearse, sustituirse o deshacerse”* (Juan Vallet de Goytisolo).

La imparcialidad es una característica de definición del notariado y está integrada por varios deberes notariales que, cada vez más, se ven presionados por diversos intereses económicos, de naturaleza pública o privada, que tratan de inclinar la imparcialidad a su favor. *Son muchos los que aún piensan que la función notarial es dilatoria y retardatoria, como si el notario tratara siempre de poner obstáculos a los negocios jurídicos; nada más alejado de la realidad y del propio interés del notario, pues éste vive de hacer escrituras, no de no hacerlas. La actuación notarial estorba a los que actúan con segundas intenciones, con ánimo de fraude, con deseo de violar las leyes o no pagar impuestos, etc., entonces sí encontrarán en el notario una molestia para sus finalidades* (Alberto Pacheco).

Se dice que los contratos que predominan en la actualidad, son los llamados contratos de adhesión⁶⁴ o aquellos en los que se presentan condiciones generales de contratación (véase, por ejemplo, aquellos que versan sobre adquisición de vivienda con financiamiento oficial o privado, o bien, los relacionados con servicios públicos, concesionados o prestados por el sector oficial, o los de transporte, por citar algunos). Se sabe que el contrato de adhesión es obra de la voluntad de una sola de las partes, el contenido de sus cláusulas ha sido confeccionado unilateralmente y la otra parte simplemente se adhiere sin posibilidad, en las más de las veces, de objetar su contenido.

El abuso es el mal uso que alguna persona hace de la confianza que le ha sido depositada, aprovechándose de ella y, con esto, haciendo víctima a otra persona de un acto, por regla general, deshonesto. En materia de contratación, abusa quien se aprovecha de la desproporción de fuerza, número o de poder económico, en una relación de negocios, haciendo víctima a la otra parte, a la que se identifica como débil; no en todos los casos donde se presentan condiciones generales de contratación o contratos de adhesión, existe un abuso del derecho, sino sólo en aquellos en que hay un aprovechamiento con fines deshonestos.

⁶⁴ La Ley Federal de Protección al Consumidor define, en su art. 85, a los contratos de adhesión como: "...el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto, o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista. Además no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de esta ley".

Aparentemente, en los contratos de adhesión, la labor del notario se reduce a su mínima expresión, puesto que la voluntad de las partes, en el negocio, ya no se le plantea para que el notario confeccione la solución legal, ésta ya se le presenta, incluso, redactada; no obstante: *En los contratos con cláusulas predisuestas unilateralmente, el papel del notario permanece inmutable e insustituible, requiriéndole siempre su atento e imparcial control para asegurar que las partes conozcan el contenido y los efectos jurídicos de aquéllos, aun cuando el notario haya sido impuesto por uno de los otorgantes.*⁶⁵

Es claro que el redactor único, en un contrato, tendrá una inclinación de proteger sus propios intereses y también a otorgar el menor número posible de concesiones a la otra parte; también está claro que, en este tipo de situaciones, se puede llegar a la injusticia. Sin embargo, existen múltiples factores que tienden a equilibrar este tipo de relaciones, como por ejemplo, la intervención del Estado, que revisa y aprueba esos contratos de adhesión, estableciendo topes en la contratación, o bien, concediendo derechos específicos a la parte débil; o la intervención del notario que equilibra esta relación jurídica, explicando a cada una de las partes el valor y las consecuencias jurídicas de la operación que celebran, lo que proporciona al notario una magnífica ocasión para prestar asesoramiento jurídico a la "parte débil", cuando de esto carezca.⁶⁶ Si el notario cumple con su deber de asesoría, no por esto desvirtúa su obligación de ser imparcial, pues podría decirse que se inclina por la parte más débil al aconsejarle y crearle la conciencia que podría, en casos extremos, impugnar el contrato por error o vicio en su voluntad; más bien cumple fiel y puntualmente con su obligación, pues debe informar a las partes (aun cuando la que confeccionó el contrato no lo necesite) sobre el *valor y consecuencias jurídicas* del contrato que celebran; no le corresponde al notario hacerles saber o explicarles el *valor y consecuencias económicas* del contrato que celebran, pues esto está alejado de su responsabilidad, si el notario explica el valor y consecuencias jurídicas, cumple con su deber de obrar imparcialmente, pues en su calidad de jurisperito, debe advertir de esta circunstancia y si, a pesar de ello, las partes deciden contratar, en el caso específico, la parte débil decide contratar, las consecuencias económicas debe tenerlas presentes, pues le tocará cumplirlas o sufrirlas en toda su dimensión.

⁶⁵ Conclusión del XVII Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en la Ciudad de Florencia, Italia, el año de 1984.

⁶⁶ Morales Díaz, Francisco de Paula, *El Notariado su evolución y principios rectores*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., 1ª ed., México, 1994, pp. 88-92.

En esta materia de contratos de adhesión, la Unión Internacional del Notariado Latino, en su XVI Congreso Internacional, celebrado en la Ciudad de Lima, Perú, en el año de 1982, recomendó que: *es importante que el notario haga constar en la escritura que el contenido contractual ha sido unilateralmente establecido por la parte predominante. Recuérdesse 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.*

La Ley Federal de Protección al Consumidor,⁶⁷ vigente en México, dispone (artículo 24) la creación de un Registro Público de Contratos de Adhesión, cuya organización está a cargo de la Procuraduría Federal del Consumidor (Organismo Descentralizado del Gobierno Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio), donde se registran los contratos de adhesión que se celebren por los diferentes proveedores de bienes o servicios en el país, de manera que los consumidores tengan la certeza de que, dichos contratos cumplen con la normatividad aplicable; y dispone, también, que en caso de contratos de adhesión sujetos a Registro, éstos deberán contener una cláusula en la que se determine que la Procuraduría Federal del Consumidor será competente, en la vía administrativa, para resolver cualquier controversia que se suscite sobre la interpretación o cumplimiento de los mismos.

Por lo que respecta a la contratación masiva, el notariado mexicano se ha visto inmerso, siempre, en las soluciones de los conflictos derivados de la explosión demográfica, que se traduce en escasez de todo tipo de satisfactores. Su calidad de jurista experto en diversas materias, le ha permitido interactuar con todos los sectores sociales,

⁶⁷ La ley en cuestión entró en vigor en México, el 25 de diciembre de 1992, y fue recientemente reformada por decreto publicado el 4 de mayo de 2004, y es una legislación, absolutamente, parcial, pues está destinada a proteger a una clase en la sociedad, esto es, a los consumidores, buscando con sus disposiciones, equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. La Ley de referencia establece como principios básicos, entre otros: *“La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen... La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios...”*; y le impone a los proveedores de bienes o servicios una responsabilidad administrativa por los actos que realicen, tanto los mismos proveedores como sus subordinados, en contra de los derechos del consumidor, obligando a dichos proveedores a no aplicar cláusulas o condiciones abusivas en el abastecimiento de sus productos o servicios.

brindando la asesoría necesaria para la instrumentación de acciones coherentes dentro del marco de leyes, políticas y programas nacionales de desarrollo económico y social. A esto se le denomina *labor social del notario*.

De esta manera, ha tenido que redimensionar sus herramientas tradicionales, tales como Instrumento y Protocolo, para responder a una dinámica social que demanda agilidad en el servicio notarial, sin mella de la seguridad jurídica que es elemento definitorio de su actuación. La elaboración de instrumentos "en masa", resultado de la satisfacción simultánea a un gran cúmulo de demandas, no implica dejar de lado los requisitos tradicionales de los instrumentos públicos que pregonaba Rolandino, tales como Extradocumentales (o requisitos habilitantes, que no es indispensable que se narren en el texto del instrumento) e Intradocumentales (o sea, la escritura solemne y pública, el "tenor del negocio"), sino por el contrario, mantenerlos presentes en dichos instrumentos, incluso de la manera como originalmente fueron concebidos. Así pues, las miles de escrituras que se han elaborado (aproximadamente 500,000 escrituras en materia de regularización de la tenencia de la tierra en el Distrito Federal, con la intervención de la Dirección General de Regularización Territorial), con el sello de "escrituración masiva", satisfacen, plenamente, los elementos que, para cada una de ellas, establecen las leyes notariales de los Estados de la República Mexicana.

5. LA IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

NOT. ANTONIO GARCÍA MEDINA*

5.1. LEGISLACIÓN NOTARIAL MEXICANA

a) *La imparcialidad de la seguridad jurídica notarial*

El Notariado es una Institución que encuentra su origen en la sociedad misma, como satisfactor a necesidades cotidianas que necesitan llenar requisitos y formalidades ajustadas a derecho y que, consecuentemente, traen armonías en las indistintas cuestiones que necesitando de legislación encuentran en éste (el Notariado), certeza y seguridad jurídica en el marco social donde el notario, como perito en derecho, es pilar fundamental de justicia, de equidad, de integridad, de honradez, es decir: de "IMPARCIALIDAD".

La imparcialidad, como principio rector de la actividad notarial, es el meollo constitutivo de la identidad notarial, razón por la cual nace en gobernantes y ciudadanos la confianza, la fe, la certeza de que los actos que produzca el notario serán la verdad legal.

Por las cualidades que tiene la institución del Notariado, que fue adquiriendo a través de los siglos por el requerimiento social y por las cualidades que ahora tiene, que lo signan como equitativo, justo, honesto, honrado, insobornable, ecuánime, incorruptible, justiciero, neutral, objetivo, desapasionado y, sobre todo, imparcial, es lo que se pretende razonar a través de este ensayo resaltando la imparcialidad del notario como asesor en los negocios que se le consultan o se otorgan ante él, la importancia que la imparcialidad tiene, en la elaboración, preparación, y redacción de contratos, y señalando el papel fundamental que el Notario tiene y representa en la sociedad, viendo la trascendencia de éste en el desarrollo de la misma y en su

* Estado de Jalisco, México.

conservación, así como la importancia que revestirá en el futuro en una sociedad que se desenvuelve y desarrolla con todos los problemas de la globalización, siendo el Notario el jurista que por sus alcances y capacidad y preparación cotidiana, es idóneo para este progreso institucional.

La imparcialidad, como principio cardinal elemental de la función notarial al igual que el sistema jurídico que nos rige, es de innegable importancia. Etimológicamente viene del prefijo *in* negativo y parcial de *pas-patens* que significa parte, lo que se traduce que el notario no es parte, es decir, que no puede estar de un lado o de otro de las partes que integren un acto notarial. La enciclopedia nos dice que la calidad de imparcialidad, es carencia de parcialidad, o sea falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de persona o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder; por lo tanto, imparcialidad es: desinterés frente a las partes, un trato sin favoritismos, una consideración equidistante y ccuánime, observar desapasionadamente, objetivamente, neutralmente.

El *Diccionario Jurídico* define a la imparcialidad, como “falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, de lo que resulta la posibilidad de juzgar o proceder con rectitud”.

La imparcialidad surge en la estructura básica de las sociedades que la deben de tener como idea directriz de sus principios de justicia, un acuerdo original de donde deben partir todo tipo de relaciones dentro de la misma, estos principios rectores son los que las personas dentro de la sociedad en libertad aceptan como definitorios de los términos fundamentales de su asociación. Estos principios que la sociedad misma acepta en un clima de libertad, serán desde este momento punto de partida para regular todos los acuerdos posteriores, especificando los tipos de cooperación social que se pueden llevar a cabo y las formas de gobierno que pueden establecerse.

Este acuerdo al que llamaremos Contrato Social, consiste en que todos los integrantes de la sociedad, en un acuerdo original, ponen el antecedente que regulará las pretensiones de unos y otros, y los principios que decidirán qué es justo y qué no lo es, determinando los principios de la justicia.

En esta sociedad, los asuntos que necesiten dirimirse, lo serán con la seguridad que partirán de una base de imparcialidad, puesto que dé los principios que serán juzgados, dichos asuntos surgieron del consenso social, el cual es plenamente aprobado y la resolución que se de será socialmente aceptada, al estar apegada a los principios de justicia, que rigen dicha sociedad.

Por lo expuesto, la imparcialidad nace del consenso social, es decir, en el apego a este acuerdo de cada uno de los miembros que la forman, y donde se crean normas de conducta social, de gobierno y la forma de administración de la justicia, sin que ningún sector de la sociedad salga perjudicado, ni siquiera uno solo de los individuos, puesto que no se justifica el perjuicio de uno o unos cuantos a favor de una mayoría o viceversa, por lo que deberá de realizarse con el consentimiento de todos los que integran dicha sociedad.

Obviamente esta concepción de justicia como imparcialidad, es meramente utópica, pero sirve para definir de una manera ideal el surgimiento de la imparcialidad como principio de la justicia, ya que como desgraciadamente ocurre las normas que rigen el sistema o Contrato Social, la define la mayoría (en el mejor de los casos) y no la totalidad como sería lo idóneo.

Diferencias entre el actuar del Juez y el notario respecto a la aplicación de la imparcialidad

Aunque tanto en el Juez como en el Notario es un principio rector la imparcialidad, su desempeño es diferente, aunque las personas que acuden ante ellos, esperan imparcialidad, ambos personajes la van a brindar en el terreno teórico-práctico en formas muy diferentes.

La persona ante el Juez espera un fallo a su favor, para lo cual matiza los hechos, dando a conocer lo que a sus intereses y fines que busca no le perjudican y alega razón partiendo de consideraciones de hecho y de disposiciones de derecho que juzga aplicables. Tal comportamiento de las partes, evidentemente se origina en un proceso contencioso, arrojando al Juez la responsabilidad de considerar las versiones de hecho y de derecho de las partes que en sí mismo se excluyen, son contradictorias, y, por lo tanto, el fallo tras el estudio del Juez, razonará arguyendo razones y excepciones de cada uno de los mismos, pero fallando a la postre a favor de uno. Es decir, tarde o temprano no obstante que el Juez espere actúe "imparcialmente", sin tomar partido, llega a una decisión que obligatoriamente lo impele a inclinarse y dar la razón a uno de los litigantes, toma partido, en razón a las pruebas, a la justicia y al derecho.

Podríamos decir que el valor de la imparcialidad en la actuación judicial al cabo de su misión implícitamente señalada en forma constitutiva, lleva la tarea de inclinarse por uno de los dos partidos contendientes, quedando la conducta imparcial del Juez en virtud del otorgamiento de igualdad de derechos procesales, y en la inter-

pretación de hechos-derechos en igualdad de circunstancias, con el mismo enfoque, en la formación de su voluntad, de manera desinteresada, respecto a que el resultado llegara o no a favorecer a alguno de los litigantes, es esto el contenido a *grosso modo* de la imparcialidad del Juez, encargado de dirimir conflictos entre personas cuyos intereses son opuestos principal o accidentalmente. Entre personas cuya capacidad de convenir y crear nuevas relaciones obligacionales está paralizada por incumplimiento a la Ley General o particular, y en este último rubro, nos referimos a la materia contractual, verdadera ley entre los otorgantes. Razón por las cuales el Juez se halla ante una realidad diferente del Notario respecto de las personas que acuden ante la misión de sus facultades, una y otras realidades dan por sus estrictas diferencias un distinto significado a la imparcialidad que se erige a ambos funcionarios, ante el Juez las partes llegan en desacuerdo y sin voluntad de formarlo, ante el Notario los comparecientes llegan con la intención de formarlo y por lo tanto a dar validez formal a un acto que antes no existía en la vida jurídica, o bien formalizar el que ya tenían acordado y adolecía de vicios de diversa índole para entrar con plena eficacia al mundo jurídico.

Como se observa de las diversas actitudes conductuales, de las personas que acuden ante los funcionarios antes citados, el resultado efectivo esperado por las partes es al mismo tiempo contradictorio y paradójico, las partes ante el Juez quieren (porque les interesa que así sea) que sus derechos procesales sean iguales e integrales respecto a su contraparte y así unidos en igualdad de derechos y obligaciones al fallarse el asunto sea sólo uno de ellos el beneficiado, o sea, igual primero, para desigual después; en cambio los comparecientes (en caso de relaciones contractuales) desean que el Notario observe sus características especiales, las desigualdades de las partes, para que proteja a cada uno de ellos, y el resultado final sea de igualdad o equidad contractual, o sea, desigual primero para igual después.

Razón esta última que hace patente no sólo las diferencias entre las funciones Notarial y Judicial sino que, además, pone de manifiesto que no obstante el valor imparcialidad a cuya sombra deben ejercer notarios y juez, es de alguna forma uniforme e inequívoca, se actualiza, se concretiza de manera exactamente inversa, es decir lo que para el notario es fin-objetivo, para el Juez es presupuesto y viceversa; procesos que caminan en sentidos encontrados, y en cuyos mutuos presupuestos (en el Juez cuidará la igualdad para llegar a la imparcialidad y en el Notario observar la desigualdad para equilibrar los efectos del contrato) aumenta la diferencia de matiz de ambas actuaciones, el Juez en forma pasiva, su conducta es estática, y de vigilancia

de los mutuos derechos procesales de las partes, por lo que su imparcialidad es más custodiada y espera que consejo e intervención —la litis es fijada por las partes—; mientras por el contrario el Notario se desenvuelve efectivamente, su papel es eminentemente dinámico, aconseja a los comparecientes y los configura hábilmente, la voluntad que normalmente no se encuentra técnicamente finiquitada, eficazmente elaborada, a un negocio jurídico garantizado en la medida de lo posible, la equidad entre las partes en el contrato, objetivamente esto, en el equilibrio entre las cargas obligaciones y en los derechos que cada parte del contrato ha estipulado.

Es cierto, que el Juez está obligado no sólo a ser imparcial durante el proceso, también lo será y de manera más comprometida al formar su ánimo juzgador, al, como acto volitivo, emitir una decisión sobre las pretensiones contradictorias de las partes, decisión que está legitimada por razones sociales, criterios axiológicos y disposiciones legales, todo con el único fin de buscar la justicia, de prever los efectos de la sentencia y no violentar el sistema jurídico a que pertenece.

Al igual el Notario, al comprender su importante función social, y al saberse pieza estructural del ordenamiento jurídico de un grupo social, busca adecuar el negocio puesto a su autorización no sólo a las disposiciones legales —siempre interpretables— sino precisamente los que le dan contenido a las mismas, su significado: “el bienestar social”, y en esto el instrumento notarial hábilmente configurado, es prueba: primero, preconstituida —fundatorio de un eventual litigio en cuyo caso la eficacia del acto sancionado con la fe notarial es preponderante—; y segundo, es una garantía de la adecuación de la voluntad de las partes al mundo de lo sancionado como legal.

De lo dicho hasta ahora podría pensarse que sostenemos que el Notario casi sustituye la voluntad de las partes para lograr más o menos un forzado equilibrio. Evidentemente esto no sucede así, la labor notarial suele limitarse a advertir a una de las partes el equilibrio entre las contraprestaciones del contrato a otorgarse en cuyo caso esgrimiéndose la libertad contractual —libre autonomía— las partes, si insisten, pueden otorgar un contrato partidario, o, con serias injusticias en su seno, cumpliendo el notario con hacer constar en el texto del instrumento la observación hecha a las partes de su notoria injusticia para uno de ellos y la reiterada voluntad de éste, a pesar del señalamiento de señalarlo. Sin embargo el principio de imparcialidad pese a no aplicarse de la misma manera y que a su fin en ambos casos diverja mucho, en esencia busca la misma justicia.

La imparcialidad en el sistema jurídico se funda en principios de justicia, uno de ellos y el principal es éste, la justicia no puede ser, en

ningún momento parcial, de la misma forma los hombres en sus relaciones contractuales o en sus asuntos que se diriman ante el Juez, necesitan concordar los intereses en discordia y esto jamás se conseguirá anteponiendo los puntos de vista de alguna de las partes, la imparcialidad trae consigo la seguridad, la concordia, la justicia, la razón, lo que jamás traerá consigo la parcialidad.

La imparcialidad garantiza la plena vivencia de los valores jurídicos sociales. El principio de imparcialidad es previo a otro cualquiera en el proceso judicial, está en el fundamento del procedimiento, garantizando todos los otros razonamientos rectores que guían el proceso judicial, por lo que es esencial que los tribunales se apeguen a este principio.

Para garantizar este principio en el procedimiento judicial, existe la recusación que se crea para evitar faltar al principio antes mencionado que es el de la imparcialidad.

Como principio rector de la función notarial la imparcialidad, sin duda alguna, es uno de los más importantes, pero no sólo lo es para el Notario y su función, incluso para la sociedad en la que sirve, es la parte medular, es la esencia misma de este ensayo del cual parten todos estos puntos de vista.

La importancia de este principio dentro de la función notarial es sustancialmente imprescindible, puesto que es la respuesta a una necesidad social, de seguridad jurídica, a la que redundará en confianza y credibilidad por parte de la sociedad, para con el Notario.

El notario es, debe ser, un tercero imparcial frente a las partes, es un tercero en virtud de que no tiene intervención ni está involucrado en los hechos o en los actos jurídicos de los que debe dar fe, o a los que debe de revestir de las formalidades o con las solemnidades legales, según sea el caso, o a los que debe estructurar dentro de un marco de legalidad, haciendo con esto posible las finalidades de las partes. Es un tercero, porque no participa y no está integrado, ni tiene ninguna injerencia en los actos o en los hechos jurídicos a los que hace mención o se refiere al ejercer la fe pública. Es un tercero, porque sólo participa en él para darle forma como un extraño en el acto como observador, guionista o relator, que complementará el acto dándole validez e ilustrando a las partes del valor o de las consecuencias legales que el acto que ante él se otorga y del cual se da fe, sin intervenir directamente en la voluntad de las partes.

Este principio es complementado por otros, principalmente el de la Autonomía, el cual nos dice que es un principio de independencia en el cual no tiene ningún tipo de subordinación ni jerárquica ni económica, ni de otra índole (parentesco), lo que provocaría

supeditación, por parte del notario hacia su superior o hacia a aquél del que dependiese, provocando con esto parcialidad, para con el que sería su patrón, por lo que resulta inadecuado que los organismos que dependen directa o indirectamente del Estado, realicen funciones de notarios como son el INFONAVIT y el ISSSTE, etcétera, que otorgan escrituras para sus asociados provocando desconfianza en la comunidad a la que pretendan servir, así como falta de aviso a autoridades y evasión de impuestos.

Reforzando este principio, las legislaciones deberán dictar prohibiciones impidiendo de actuar en algún negocio que se les encomiende o impida atender con imparcialidad en cuestiones contractuales, cuando intervenga como notario por sí o en representación de tercera persona, su cónyuge, sus parientes consanguíneos o afines, sin limitación de grado, consanguíneos colaterales hasta el cuarto grado y, en fin, hasta los parentescos de índole religioso.

Es pertinente, también, prohibir ejercer la profesión de abogado litigante en virtud de las evidentes diferencias de uno y otra (litigante-notario), siendo el notario un ente imparcial y el abogado litigante un ente totalmente parcial que debe patrocinar a su cliente hasta las últimas consecuencias.

Este principio de autonomía nos dice que el notario no debe jamás actuar en detrimento de alguna de las partes, no convertirse, como nos lo muestra el principio, en notario del comprador o del vendedor o de alguna de las partes, ni tampoco involucrarse en alguno de los instrumentos que autoriza, con este principio el notario sólo busca brindar seguridad jurídica y certeza a los actos que ante él se otorguen y que repercute en la confianza total que la sociedad tiene en el accionar del notariado.

El Notario buscará que los actos que él formaliza o los actos que él asesora, se apeguen, totalmente, a las normas legales y a la justicia, de modo que no existan discordias y se eviten litigios posteriores, ya sean éstos por parcialidad del contenido o por el incumplimiento de los preceptos legales.

“Se sabe que existe una desigualdad mayor que la de tratar las desigualdades de modo igual”, Merger Diritto Civile.

El notario, en ejercicio de su función, se convierte, a su vez, en asesor jurídico de la comunidad en la que sirve, tanto en sus relaciones internas como en las relaciones con el Estado, las cualidades de éste, lo hacen un excepcional asesor, sus conocimientos jurídicos comprobados mediante los requisitos que para expedir el *fiat* de notario señala la ley; título de Abogado, ejercicio profesional, servicio notarial, exámenes de oposición, resultan en esta idoneidad a la que

nos referirnos y que aunados a los principios que rodean la Función notarial se convierten en una confianza comunitaria difícilmente igualada.

La asesoría que brinda el notario es tan amplia que difícilmente se podría nombrar toda sin omitir algún detalle en razón de la cantidad de leyes, reglamentos, etc., de los que tiene que echar mano; su campo de acción es amplísimo, abarcando casi todas las ramas del derecho, si no es que todas, de manera directa o indirecta, así mismo vigila el exacto cumplimiento de los cuerpos normativos que intervengan en el acto que asesore, redacte o autorice.

El notario, en sus actuaciones, deberá poner, siempre, especial cuidado en brindar SEGURIDAD, por lo que deberá poner todos sus conocimientos y experiencia en la certeza de que lo que él autoriza, esté revestido de seguridad jurídica, y que no contenga vicios en su estructura o en su contenido, por lo que deberá dirigir a las partes contratantes, a los testadores, o a las personas que intervengan en el acto que autorice él mismo, y que éste brinde el efecto jurídico deseado por las partes o el otorgante.

Es por eso que si la voluntad de las partes llega ya formada al notario, a éste sólo le corresponde confrontar el acuerdo con el sistema normativo, advertir de posibles desequilibrios en el acto, y, sobre todo, habilitar el documento probatorio para que sirva de título para el ejercicio de los derechos y, durante este proceso, conservarse neutral y no tomar partido con ninguna de las partes, de lo contrario, aun cuando las cláusulas naturales del acto fueran equitativas, podría en las hipótesis de eventuales conductas posteriores, de los otorgantes, fijadas en el contrato, inclinarse a un lado de la balanza como sucede cuando se trata de contratos de mutuo con interés desmedido, y con cláusulas que imposibilitan cualquier defensa legítima del deudor. En cuyo caso el Notario autorizante habría faltado a la imparcialidad, al proteger, en forma minuciosa, al mutuante y acorralar, de antemano, al mutuario, elaborando un contrato, como lamentablemente se da, partidario y, como tal, parcial.

El notario deberá dirigir o explicar, a los que contratan, testan o realizan algún otro acto civil privado, cuando el caso lo exige o ellos lo solicitan, particularmente si son de escasa instrucción, las reglas del derecho que con sus mismos actos se relacionan: las demás prescripciones legales que al verificarlos, hayan de cumplir o les convenga tener presentes, los derechos u obligaciones que nazcan de sus convenios, disposiciones, actos, y cualesquiera otros efectos legales y consecuencias que puedan producir; para que con este conocimiento les sea posible corregir sus determinaciones e intereses, y

déspués no haya error en su consentimiento ni les sobrevengan perjuicios.

Prever y advertir a los contratantes y testadores las dificultades, inconvenientes o problemas que pueden ofrecer la ejecución de sus contratos o disposiciones, para que si es su voluntad los corrija o los eviten.

Así mismo, advertir de los perjuicios o consecuencias que puedan seguirseles a la renuncia que hagan de leyes, derechos o beneficios. Así como de la responsabilidad en que pueden incurrir en caso de incumplimiento de disposiciones legales o en la morosidad de su cumplimiento.

Deberá calificar los títulos de fincas o derechos sobre las que contraten y los documentos que sirvan de base o sean motivo de sus convenciones, explicándoles el valor que tuvieren, los defectos de que adolezcan y la manera de subsanarlos.

El notario impedirá, en los contratos que se redacten en su presencia o que él mismo redacte a petición de los interesados, que alguna de las partes abuse, con argucias o engaños, de la ignorancia, inocencia o descuido de la otra parte.

El notario será, además, un conciliador de intereses, pretensiones, o deseos, allanando de esta manera las dificultades que surjan en los actos que se otorguen ante éste.

Especial atención merece el tipo de acuerdos —contratos— que aún cumplidos entre las partes satisfactoriamente, compelen a las mismas a prestar la declaración de voluntad a fin de crear un título eficaz para el ejercicio del derecho, en cuyo caso, la forma legal la constituirá una obligación esencial del contrato, y la labor del Notario es idónea si no es que la única para tal resultado.

Son innumerables las funciones de asesoría que realiza el notario, la cual no sería tan amplia si no existiera la confianza y la seguridad de IMPARCIALIDAD que el notario brinda a los que ante él acuden, su autonomía de las funciones del Estado o de su tutela, hacen de éste el asesor ideal frente al Estado, y sus conocimientos, en el derecho, el asesor idóneo de los particulares en sus relaciones contractuales, su imparcialidad hace que se constituya en un tercero ajeno a cualquiera de las partes, que regulará, advertirá, dará forma legal, conciliará, y brindará confianza a las partes de que, lo que ante él se otorgue, será justo, legal, y tendrá la garantía de SEGURIDAD e IMPARCIALIDAD, que la propia función brinda.

El notario en la sociedad

El notario ante la sociedad, es un pilar indiscutible de la legalidad y de la imparcialidad, más estas cualidades son brindadas en igual manera de que son exigidas, es decir, el Notario para ocupar ese peldaño, donde se ha puesto, tiene que ganarse la confianza de la sociedad que lo tiene ahí en virtud del desempeño de sus funciones, que deben estar siempre apegadas a los principios que las rigen, el mismo notario busca legitimar su función apegándose a las normas legales, morales y éticas que su profesión le exige.

La sociedad ve, en el Notario, a la persona idónea en la que puede depositar su confianza y, en su manera de actuar, la certeza y la seguridad jurídicas que deseaba. No debemos olvidar que, el origen del Notario, es la necesidad social de seguridad jurídica y certeza, es decir, la sociedad sintió la necesidad de dar a sus actos y convenciones la seguridad jurídica que les faltaba, y que los funcionarios, dependientes del Estado, brindaban, mas la sociedad los rechazaba por su falta de independencia o autonomía, por lo que hizo que surgiera el notario como lo conocemos actualmente, y que es el resultado de la necesidad social de otorgar seguridad, legalidad, validez plena, imparcialidad, confianza, conservación, publicidad, fe pública, legitimación, etcétera, etcétera, a sus actos.

El Notario es, indiscutible, una persona que dentro del ámbito social juega un papel preponderante en el moderno equilibrio económico y político, ya sea porque salvaguarda los intereses de la colectividad al tener, en forma reglamentada, sus aranceles para el cobro de las escrituras, como para regularizar, en forma masiva, la tenencia de la tierra, según ha sido y es reconocido ya por el Ejecutivo de la Nación, y los demás poderes y organismos descentralizados; igualmente, como política de buen gobierno, coadyuva y colabora tanto a esos fines como en el cuidado y vigilancia del proceso electoral, ya que el Notario, no nada más actúa con su imparcialidad, sino como ciudadano de su patria, se convierte en el fiel de la balanza, al darle equilibrio al poder vigente frente a los pretensos candidatos de los partidos contendientes.

De igual manera, el Notario, dentro del ámbito social, regularmente es persona respetada, por su honradez, moral y buenas costumbres, así como por otras virtudes. El notario, en su accionar, siempre tendrá la obligación de guardar el secreto profesional; sólo podrá expedir primeros testimonios a los directamente interesados, siendo su publicidad limitada, lo que resulta en una confianza absoluta por parte de la comunidad, ya que la confidencialidad, el asesora-

miento de contratos como de disposiciones testamentarias y demás actos que ante él sean otorgados, deben tener el sigilo que la Ley exige y que las virtudes del propio notario, consolida.

No se debe de olvidar la labor del notario frente a las personas morales (sociedades, asociaciones, etcétera), las cuales deben de constituirse, modificarse y extinguirse ante éste, igualmente del papel de consejero que, dentro de estas personas, el notario desempeña, así como de la constante actualización que el notario tiene y debe tener ante el cambiante panorama mundial de la globalización, todo en la necesidad que una sociedad dinámica, económica, política y social exige, debido a los cambios espectaculares de la misma.

La imparcialidad del notario trae, también, la confianza que la Ley dentro del procedimiento judicial le otorga en los actos de jurisdicción voluntaria, en los que tiene una participación destacada y en muchos otros actos que cada día van descargando, del trabajo judicial a los juzgados, en su fructífera labor, incluyendo los juicios sucesorios, que, indistintamente, podrían celebrarse judicial o notarialmente.

Por todo esto y más, la sociedad, cada vez, está volteando sus ojos al notario, por la autonomía e imparcialidad que éste representa y porque es un profesional del Derecho, recto, honrado, incorruptible, justo, ecuánime, que se brinda a su vocación y a la comunidad, con un profundo respeto, y con la meta de buscar la convivencia, más armoniosa dentro de la sociedad que habita, por medio de sus acciones.

CONCLUSIONES

Como se ha visto en el desarrollo del presente ensayo, nos trae como consecuencia *Desideratum* que van íntimamente ligados a las necesidades sociales en relación con el notario, ya que como asentamos, el notario surge de la sociedad como respuesta a la necesidad de brindar a sus actos certeza y seguridad, por lo que el notario se convierte en el salvaguarda ideal de los intereses comunitarios.

La imparcialidad que busca la sociedad del Notario, cada día es más exigente, la dinámica que ha mostrado la economía, la cercanía de las comunicaciones, que va aparejado con la globalización, todo con un cáliz económico, que trae aparejado cada día más la pérdida del poder adquisitivo de la población, es porque la sociedad ha buscado una institución que no es otra que el Notariado, por su imparcialidad y autonomía, y que responde a los nuevos retos, del mundo actual, por lo que se propone:

I. Que como respuesta a la globalización (cambiante mundo económico) que se presenta cada día más exagerada, el notariado surja más preparado, con nuevas legislaciones, organismos de control, relaciones más estrechas con empresas y países extranjeros, con mercados comunes, tratados de aranceles, de exportación e importación, etcétera. El notario continúe, día a día, su capacitación, de conformidad a la evolución que la sociedad le exige, a efecto de enfrentar y solucionar las nuevas necesidades que soliciten sus servicios, certeza y seguridad jurídica que el conocimiento engendra y que, no por falta de preparación, actúe en perjuicio de alguna de las partes; que se convierta, también, en un *consejero imparcial de las transacciones*, contratos, asociaciones y demás actos jurídicos, convirtiéndose en un pilar de conocimientos y de imparcialidad ante la sociedad a la que sirve y ante los demás entes que tienen y tendrán influencias sobre la misma.

II. Que el Notario sea consciente de la difícil condición de la clase menesterosa, frente a la crisis económica mundial, y que dentro de su principio de IMPARCIALIDAD, busque continuar dando seguridad a las clases que no cuenten con recursos para regularizar su situación económica (tenencia de la tierra, etcétera), y que brinde sus servicios de igual forma al que tiene capacidad para pagar sus aranceles, como a aquel que sólo tiene para sobrevivir, y no se convierta en notario de sólo unos sectores de la comunidad en la que sirve. El Notariado debe preocuparse y llevar a cabo, como la ha hecho, escrituraciones masivas, en forma gratuita, en beneficio de las clases humildes, convirtiéndose en un *esfuerzo continuo en beneficio de la sociedad*. El gobierno debe dar las facilidades al Notario para el otorgamiento de estas escrituras, su apoyo incondicional ya que, sin éstos, el esfuerzo del notario sería aislado y desgastante.

José Savra Savránsky señala: "las actividades profesionales no deben equiparse a los valores comerciales. El Notario debe de cooperar a la equidad, prestar asistencia al derecho y a la justicia de **TODOS**".

III. Que para cumplimentar estrictamente con el principio de IMPARCIALIDAD, y de AUTONOMÍA que brida el notario, dentro de su accionar, garantía de su proceder y ajeno a toda inclinación particular o de interés político, económico o personal, así como de una actuación libre de vicios que acarreen las instituciones dependientes del gobierno (tortuguismo, prepotencia, corrupción), así como la falta de avisos, pagos fiscales, conservación del instrumento y la rapidez del trámite, se instauren verdaderos servicios electrónicos

que puedan dar, con prontitud, a los solicitantes los requerimientos que soliciten.

IV. Agregar a todas las definiciones del Notario, como a la nuestra, lo que dispone la Ley del Notariado del Estado de Jalisco que, a la letra, dice: ART. 1º—"Notario es el profesional del derecho que desempeña una función pública, investido por delegación del estado, a través del titular del Poder Ejecutivo, de la capacidad de dar fe para hacer constar actos, negocios y hechos jurídicos, DE MANERA IMPARCIAL, a los que se deba o quiera dar autenticidad y seguridad jurídica, conforme a las leyes..." ART. 2º—"El Notario tiene la obligación de ilustrar IMPARCIALMENTE, a las personas que le soliciten sus servicios, debiendo recibir, interpretar y dar forma a la voluntad de las mismas, redactando los instrumentos adecuados para conferirles autenticidad, advirtiéndoles de las consecuencias legales de sus declaraciones de voluntad."

V. Por último, la necesidad de publicar, como característica primordial del notario, la IMPARCIALIDAD, resaltando las virtudes de ésta como son: a) El ser equitativo, es decir, dar a cada quien lo que le corresponde. b) Íntegro, es decir, de una perfecta probidad. c) Honesto, es decir, honrado, razonable, justo. d) Insobornable, es decir, que no admite remuneración extra por inclinar su saber o hacer a ninguna de las partes. e) Ecuánime, es decir, que tiene igualdad y constancia de ánimo hacia las partes e imparcialidad en el juicio que emite. f) Incorruptible, que no se puede pervertir, sobornar, ni abusar. g) Que es neutral, es decir, que no se inclina por ninguna de las partes. h) Honrado, de decir, que procede con rectitud. En fin, que por su proceder, a ciencia y conciencia, siempre actúa con moralidad, ética, razón, igualdad y objetividad hacia las partes que solicitan sus servicios.

BIBLIOGRAFÍA

- Derecho notarial y Derecho Registral*, Luis Carral y de Teresa, Ed. Porrúa.
Derecho notarial, Bernardo Pérez Fernández del Castillo.
La institución notarial y el derecho, Ignacio M. Allende.
El secreto profesional del abogado y el notario, Augusto Arroyo Soto, Ed. UNAM.
Estudio sobre el notario, Francisco de P. Morales Díaz.
La posición del notario frente al Estado moderno, Gilberto Moreno Castañeda.
Principios rectores de la función notarial y registral, Dr. Othón Pérez Fernández Del Castillo.

- Notario e instrumento público*, Horacio Hidalgo Mendoza.
Revista Notarial, Tomo I, Núms. 13 al 19, Órgano del Colegio de Notarios del D.F.
Revista de Derecho Notarial, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 1988, Núm. 97.
La unión del Notariado Latino en la hora presente, Lic. Fortino López de Legazpi.
Elementos de Derecho Notarial, Mengual y Mengual.
Diccionario Jurídico, José Alberto Garpone.
Revista del Colegio de Notarios de Jalisco.
La teoría de la justicia, John Rawls, Ed. Fondo de Cultura Económica.

b) ***La imparcialidad del notario en los procesos electorales:
"Garantía de la democracia efectiva"***

NOT. HORACIO HIDALGO MENDOZA *

En atención al esquema del tema I, del XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino, a celebrarse en México en octubre del 2004, "La imparcialidad del Notario: Garantía del orden contractual", propuesto por el Coordinador Internacional, Notario Diego Simó Sevilla, en el sentido de que estamos en el momento para contrastar la evolución de las ideas en el ámbito de la imparcialidad del Notario, mirando al exterior y a nosotros mismos, y toda vez que en 1982, cuando se trató este tema en Lima, Perú, era una necesidad social y lo sigue siendo, la Imparcialidad del Notario, en el entendido de la contratación privada y patrimonial y de que la garantía de imparcialidad que el Notario debe dar al orden contractual no sólo es de carácter privado, sino también público; porque el Estado es una organización jurídica, creada dentro del orden contractual, y la imparcialidad del Notario, es su garantía, proporcionando al pueblo, el acceso a la Justicia y a la Legalidad, no sólo en las negociaciones, sino en otros casos, hasta gratuitamente, como en los procesos electorales, para garantizar la democracia, como forma de vida, fundada en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

Los Notarios hemos enfrentado cuestionamientos sobre principios y tradiciones o valores, identificados plenamente con el notariado, como la independencia y la imparcialidad.

* Estado de Puebla. México.

Dichos cuestionamientos se han acentuado en la actualidad, por la hegemonía de algunos sectores de la sociedad, como el político y el económico.

Reflexionar sobre el valor añadido a la institución del notariado en materia electoral, constituye el propósito de esta propuesta, que convoca a los notariados de los países, miembros de la unión, a fin de reafirmar el valor añadido a la institución del notariado en los procesos electorales, sobre la garantía que implica su imparcialidad.

Esta propuesta constituye la profilaxis necesaria en la Institución del Notariado. El Notario no puede caer en la tentación partidista o de agrupación alguna relacionada con ellos, pondría en alto riesgo a la institución que perdería credibilidad, su razón de ser.

Siguiendo el esquema del tema, señalo que: No está definido por disposición legal ni jurisprudencial el concepto de la imparcialidad del Notario, la legislación Notarial trata el tema en forma superficial, subjetiva y ambigua, por ejemplo: el artículo 20 de la Ley del Notariado del Estado de Puebla, México, en su fracción IV expresa: "El Notario podrá excusarse de actuar: ... Fracción IV. Si alguna circunstancia fortuita y transitoria le impide atender con la imparcialidad debida, o en general, satisfactoriamente, el asunto que se le encomiende, en caso de que haya otra notaría en la localidad..." (Única referencia legal, en relación a la imparcialidad.)

Mi propuesta constituye el objeto central de la ponencia, porque independientemente de todas las teorías que hay en torno a la naturaleza del Estado, debe reflexionarse que el Estado nace por el acuerdo de voluntades de los ciudadanos, y da sustento a los actos jurídicos, por coherencia normativa.

El Coordinador considera provechoso intercambiar información sobre casos de abstención del Notario, si alguna circunstancia le impide atender con imparcialidad el caso. A mi juicio, el Notario no sólo debe abstenerse de actuar si tiene interés político, sino dejar de ser Notario, y evitar que sea Notario si el interés es manifiesto, por ser trascendente su intervención en los procesos electorales, como sucede con los Ministros de culto religioso, que son severamente sancionados.

Esta propuesta debe atenderse, estudiarse y analizarse para establecer las limitaciones del Notario por su ideología política en la legislación notarial, pues el ámbito de la actividad del Notario en el derecho público, en donde la imparcialidad se presenta con perfiles propios y los cambios sociológicos producidos desde el siglo XX han dado lugar a un panorama distinto, se extienden a la función del Notario en la materia del derecho electoral.

La reglamentación electoral no proporciona equidad e igualdad en los procesos electorales; pero trata de hacerlo, al considerar al Notario como un elemento importante para dar a los ciudadanos la oportunidad de defensa en un proceso de impugnación, en el cual haga valer su derecho mediante el instrumento del notario, que es un documento público con valor probatorio pleno; pero esta confianza que deposita la legislación electoral en el Notariado, no encuentra soporte en la legislación notarial, porque, no es un requisito, como debería ser la imparcialidad ideológica-política para ser Notario, como existe respecto de la ideología religiosa. De ahí que la ley de la materia exprese: "...ningún notario podrá ejercer como ministro de cualquier culto..."

A continuación, relato experiencias comentadas en la comunidad poblana, que se han vivido en la práctica notarial, con auténtica parcialidad frente a los grandes operadores políticos que actúan presionando al Notario, directa o indirectamente, o que notarios consciente o inconscientemente realizan.

No podemos soslayar que atrás del poder político está el poder económico, su injerencia en los procesos electorales que presiona también al Notario.

La inclinación ideológica, sin mayor reflexión, permite graves anomalías en los procesos electorales, como el hecho de que el Notario no asiente en el acta "alteración de boletas" por parte de empleados o funcionarios de los Comités Electorales, que en su presencia, alteran las boletas en el escrutinio; sin que éste considere el hecho, en el acta que levanta, originando un resultado fraudulento, que atenta contra la democracia efectiva al circular un documento que hace prueba plena.

En ocasiones el notario se niega o se abstiene de levantar actas de fe de hechos, en los procesos electorales, cuando algún ciudadano le solicita su intervención, inclusive faltando a la verdad; en otras, el Notario levanta el acta conforme a instrucciones que recibe del poder político, que influye en él, o las levanta conforme a su interés personal e ideológico, ya sea de *motu proprio* o por temor a represalias, especialmente de quien vigila su función; en el caso especial de Puebla, el Gobierno del Estado, o por temor a perder prebendas y oportunidades de negocios, o bien por temor de perder influencias o relaciones políticas, económicas y sociales.

Otro de los casos más alarmantes y comunes es aquel, donde el Notario, no sólo es miembro activo de un partido político, lo manifiesta y lo propaga, sino lo preside o es candidato e inclusive hasta titular del Poder Ejecutivo, y mantiene abierta al público la notaría de

la que es titular y en manos de un desconocido, que de repente surge como suplente.

Bastan estos ejemplos para darnos cuenta de la importancia del principio de imparcialidad, que rige la función del Notario en los procesos electorales, y de que este principio es inoperante, porque no está protegido por la ley.

La sociedad no está protegida por la legislación para evitar que por influencia ideológica el Notario proceda con parcialidad. La ley, aunque tiene limitaciones para el Notario, no le impide desempeñar o haber desempeñado cargo de dirigencia en algún partido o asociaciones u organizaciones vinculadas a ellos; no tener ni haber tenido cargo de elección popular, ni haber sido postulado candidato, ni participar en actos públicos partidistas, exteriorizar su tendencia ideológica, no obstante que el Notario es custodio y un medio eficaz de asegurar el orden social, por su imparcialidad e independencia y por ser principal protagonista de los procesos electorales.

Del Notario depende en buena medida la paz, el orden, el respeto, la dignidad del hombre, el bien común de la sociedad, puesto que el notario es garantía de certeza en la convivencia humana, su misión social es evitar conflictos. Por ello el artículo 269, del Código de Instituciones y Procesos Electorales del Estado de Puebla y sus concordantes de las demás entidades federativas, expresa: "Los Notarios mantendrán abiertas sus oficinas durante todo el día, en que se desarrolle la jornada electoral y deberán atender gratuitamente las solicitudes que les hagan los órganos del instituto, los funcionarios de las casillas, los representantes de los partidos políticos y los ciudadanos, para dar fe de hechos que se susciten y certificar documentos concernientes". En términos similares está redactado el artículo 241 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Además, el Notario no sólo interviene durante la jornada electoral el día de la elección, sino antes y después: en los procesos de envío, recepción, elaboración, conteo y distribución de credenciales para votar; en los eventos de elaboración, entrega, recepción, embarque, y destrucción de boletas electorales; para acreditar la indelebilidad de la tinta con la que se impregna la huella digital de los electores el día de la elección; en la entrega y recepción de los paquetes electorales que contienen la documentación y elementos materiales para el día de la elección; también los notarios hemos realizado un cotejo muestral de las listas nominales de electores utilizadas en el proceso electoral y los ejemplares en poder de los partidos políticos. Durante el día de las elecciones la intervención Notarial más frecuente se da

en: *a*) No instalación de casillas en tiempo y forma; *b*) Designación de funcionarios de casilla en sustitución de los originalmente nombrados; *c*) Existencia de propaganda y proselitismo político en lugares prohibidos (próximos a las casillas); *d*) La prohibición del voto que los funcionarios de casillas hacen a los sujetos armados o ebrios; y *e*) Coiteo de documentos relativos a la elección.

Al término de la jornada electoral los notarios hemos dado fe en la entrega, guarda y resguardo de los paquetes electorales que contienen las actas de resultados levantadas en las casillas, y de las condiciones en que se encuentran los paquetes; de igual forma los Notarios hemos dado fe de las sesiones de cómputo de votos y de muchos otros actos relacionados con el proceso electoral. Ello, por lo que significa la investidura del Notario; las facultades que la legislación y no los Gobernantes le atribuyen: el poder de dar fe, certeza jurídica, veracidad, autenticidad y fuerza probatoria.

Lo anterior obliga a una reflexión que, en mi opinión, implica una necesidad urgente: asegurar que el desempeño del Notario responda a la confianza que el Legislador le consideró, para lograr la eficacia de la Ley Electoral, evitando que ésta se convierta en una trampa para la buena fe de los ciudadanos, que confían en la imparcialidad del Notario.

Para esos efectos, la legislación notarial debe prever que el Notario sea cabalmente imparcial, evitar que, en los procesos electorales, se desborde su pasión política y florezca su parcialidad, ocasionando desconfianza de los ciudadanos y el rechazo social al Notariado, con corrosivas consecuencias.

Esta responsabilidad de imparcialidad del Notario, es la razón fundamental de su intervención en los procesos electorales. El notario es un tercero imparcial que tiene como función exclusiva y originaria dar fe, constituye a la vez una garantía tanto para las libertades del ciudadano y colectivas del Estado como para un adecuado y equitativo cumplimiento de las leyes.

La función notarial tiene su eje central en la imparcialidad y en la independencia, principios y valores que debemos preservar celosamente.

El Notario debe cumplir su función de forma escrupulosamente imparcial. Toda injerencia ajena al notariado (administrativa, política o económica) desnaturalizaría la función notarial, por ello, el Notario, debe ser sólo Notario de tiempo completo.

El Notario es autónomo, su potestad deviene de la ley, depende sólo de ella, lo que lo hace imparcial. El desacato al principio de imparcialidad, origina notarios dependientes y subordinados.

Invariablemente la imagen y figura del Notario va unida a la ética, razón por la cual en todo momento debe caracterizarlo su imparcialidad e independencia.

El Notario debe actuar lleno de equidad y entrega imparcial, prudente y responsable. Así, satisface una necesidad netamente jurídica no ideológica ni administrativa de servicio, con lealtad a los ciudadanos y a los Poderes del Estado consistente en establecer, crear y constituir titularidades de derecho, obligaciones y responsabilidades objetivando sin lugar a dudas, pero sólo jurídicamente, los intereses sociales.

Este quehacer profesional del Notario es el más difícil de desempeñar, pues, requiere experiencia, sólida formación jurídica y autoridad moral.

Considerando la democracia como un Estado de derecho, y un sistema de vida, el Notario completa el esquema de la estructura democrática, actúa como garantía de Libertad, Legalidad y Justicia en torno a los objetivos de las leyes electorales.

El Notario participa en un plano de igualdad con otros órganos del Estado en el ejercicio de la fe pública, y debe estar garantizada la independencia de su función, para que sea verdaderamente imparcial.

La asistencia imparcial e independiente que presta el Notario, se fundamenta en la probidad, equidad, legalidad y la justicia, lo que constituye un complemento indispensable para el funcionamiento de la democracia efectiva, asegura el equilibrio social y protege los derechos de la persona humana, entre ellos, el derecho de creer, el derecho a la certeza, a la seguridad, a la eficacia del derecho que proporciona el Notario; por ello, es un elemento indispensable, no sólo en las negociaciones jurídicas, sino en los procesos electorales. Esta necesidad de confiar en el Notario es la verdadera razón de ser del Notario.

Estudios historiográficos indican que el Notario existe y vive, no solamente por el Poder Público de dar fe que le confiere el Estado de Derecho Social y Democrático, sino también porque subsiste el origen de la fe pública que fue concebida por una necesidad social antes de ser derecho fundamental. Creer en alguien es un derecho, es un bien público; porque es la fe del pueblo fuente del poder democrático, del poder público y fuente continua que nutre la profesión del Notario, por ello el Notario, participa de la soberanía del Estado.

Estoy de acuerdo en que el ciudadano no sólo demanda al Notario una garantía patrimonial, sino demanda la certeza, la con-

fianza que el pueblo le deposita; por su probidad indiscutible, y su preparación rigurosa que se refleja en su imparcialidad e independencia funcional.

Como el Notario es un medio eficaz de solución de conflictos electorales según el artículo 269 del Código de Instituciones y Procesos Electorales del Estado de Puebla y sus correlativos, el Notario debe guardar conciencia del hecho de que toda decepción, aun pequeña de la confianza de la sociedad, de la necesidad de creer de la gente en el Notario, hace un daño a su propia imagen, al notariado entero y a la sociedad en general, que mientras el notariado mantenga la confianza de la sociedad y satisfaga la necesidad de creer de las personas en el Notario, éste no corre riesgo ni peligro de descrédito y de su existencia. Por esto, el notariado tiene su eje central en el carácter de la imparcialidad y de su independencia funcional, esto no es actual, sino desde sus orígenes se trata de la razón de ser del Notario. Es fundamentalmente un medio alternativo de paz social, de seguridad nacional, debe estar garantizado su funcionamiento cabalmente.

El Notario no es apto para dar fe si demuestra parcialidad, por esto no debe ser militante activo de un partido político, no cumpliría su función de fedatario imparcial; la militancia política se opone a la función pública de dar fe; debe asumir y acreditar una estructura mental libre de ideologías políticas, lo contrario se opone a los principios universales del derecho notarial instituidos en todas las legislaciones notariales: la independencia y la imparcialidad.

El Notariado moderno, que comprende quince siglos de tradición, valores, principios, reglas y visión de futuro, tiene su eje central en la IMPARCIALIDAD, que debemos preservar, defender, resguardar, y proteger. La referencia de la necesidad de asegurar la confianza social en el Notario, nos lleva a considerar la dinámica de la legislación notarial en el marco de un Estado de Derecho Social y Democrático, demanda una revisión completa al marco jurídico del pasado reciente, para su proyección a la luz de las exigencias de los tiempos que vivimos y que habremos de vivir.

Ante la imposibilidad, por la profundidad de la temática notarial, el papel social y humano del Notario y el esquema diseñado para este Tema I, "La imparcialidad del Notario: Garantía del orden contractual", del XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino, de presentar un proyecto que sirva de base para la legislación notarial del mundo germano-latino, hoy me conformo en mejorar lo que a mi juicio define al Notario y su desempeño en su participación en los procesos electorales y tratar de mejorar la legislación en esta

materia, con relación a las limitaciones, prohibiciones e impedimentos del Notario y de su ejercicio profesional.

La sistematización de los principios o bases fundamentales del Notariado de tipo latino, en un texto dividido en títulos, capítulos y artículos, implica en primer lugar la ventaja de poder invocar estos principios o bases en leyes; en segundo lugar, la de precisar las ideas y, sobre todo, la de ofrecer instrumentos de trabajo que sirvan de guía y orientación a los usuarios del derecho notarial y al mismo Notario.

Para reforzar las tesis que expongo, considero necesario resaltar las características de la función del Notario que la doctrina precisa: La independencia de su función tiene tres vertientes inescindibles: una privada, otra pública y una tercera social y humana.

La función privada del Notario es el trabajo intelectual que desarrolla como profesional del derecho: consejero calificado e imparcial de todas las partes, medio eficaz de solución de conflictos, tutor, propagandista y responsable de la legalidad, creador de la ley entre las partes, *Lex est quod cumque notamus* (Todo lo que escribimos es ley); en resumen, función preventiva a la del juez, eliminando o reduciendo los riesgos de litigio.

La función pública del Notario como consecuencia de la fe pública atribuida por el Estado, por el Estado de Derecho Social y Democrático, faculta al Notario para dar fe, certeza jurídica, veracidad, autenticidad y fuerza probatoria plena.

La función social y humana del Notario es la regla de equilibrio entre la autonomía intelectual y el poder de dar fe, entre los intereses privados de los usuarios del servicio y el interés público del Estado expresado, por el sistema jurídico, a fin de asegurar la equidad en el contrato y la justicia en los hechos.

Por el carácter de la imparcialidad con que actúa el Notario y la independencia de su función, el Estado y particularmente los ciudadanos demandan al Notario, la seguridad jurídica que buscan; base de la seguridad pública que reclama la sociedad.

¿Cómo garantiza el Notario esta seguridad, su imparcialidad?: En primer lugar, en la base preparatoria: debe tener y acreditar el aspirante a Notario una conducta pública, humanamente intachable; vocación y mística notarial; no haber desempeñado cargo de dirigencia por representación nacional, estatal o municipal de algún partido o de asociaciones u organizaciones vinculadas a ellos; no tener ni haber tenido cargo de elección popular ni haber sido postulado candidato. Con lo anterior se pretende dar un voto de confianza al Notariado, legitimando su función, al desvincular a los notarios de

ideologías ajenas a sus tareas, como el aspecto de haber sido o ser militante activo de un partido político, prohibición establecida para todos los funcionarios electorales, como lo es un Notario, aunque la ley no lo diga expresamente; pero sí lo considera, y debe imperar el principio que expresa que donde está la misma razón, debe estar la misma disposición, sobre la base de los argumentos expuestos en los debates de las leyes electorales por todas las corrientes ideológicas y partidos políticos, posición que debe ser congruente en relación con el Notario, que es un instrumento fundamental para legitimar los procesos electorales y los actos y hechos que se originan en ellos.

El impacto de las constantes reformas legislativas, con relación a los procesos legislativos, plantea una serie de problemas debido a que el Notario ya no está en armonía con su evolución, ello implica, reitero, la necesidad de reformar las leyes notariales, prohibiendo, e impidiendo la militancia política y partidista del Notario, como medida preventiva por imposición de la ley.

Las limitaciones, prohibiciones e impedimentos, impuestas al Notario, no constituyen violaciones a las garantías individuales ni a los derechos humanos; porque si una ley anula por completo un derecho, haciendo imposible su ejercicio, si atiende a los fines que persigue dicha disposición, que en el caso obedecería a razones de interés general, al bien común de la sociedad, que conduce a la vigencia de los valores democráticos y al orden público; si establece las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal del notariado, sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, a la luz de las justas exigencias de una sociedad democrática, que tiene en cuenta el equilibrio de los distintos intereses en juego, y la necesidad de preservar las instituciones nacionales como es la institución del notariado, dicha disposición es correcta, así lo establece el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además ha interpretado este precepto en conexión con los preceptos que ven al bien común y al orden público.

Insisto, podría haber falsedad ideológica en el ejercicio de su función, en un proceso electoral, por su inclinación ideológica y partidista que afectaría gravemente el prestigio de la institución, su credibilidad, y lesionaría el derecho que tienen los ciudadanos de creer en el Notario.

La fe pública encaminada a los hechos apreciados por los sentidos del Notario, con inclinación ideológica y partidista, sería una fe pública deformada, viciada, inserta en el documento notarial, que si no es atacada de falsedad por negligencia o ignorancia, sí lesiona la

democracia efectiva, pues, va a servir de prueba en el proceso de impugnación.

El Notario que narra un hecho, siempre tiene una influencia ideológica, quiérase o no; por lo tanto, el Notario autor del documento, no sólo debe abstenerse de participar en actos públicos que demuestren su tendencia ideológica y partidista sino acreditar abstinencia para no dañar la imagen de la institución que representa y a su misma dignidad, y para no defraudar al ciudadano que con buena fe cree en él y en la institución del notariado.

Además, el Notario que falta a su deber de imparcialidad, realiza actos de corrupción, de inmoralidad plena, es infractor de los principios deontológicos notariales, no debe ser Notario.

El Notario que desempeña una función pública distinta a la función notarial, altera el orden público, viola la Constitución; toda vez que no puede reunir dos o más poderes del Estado en su persona; la Fe Pública es el Poder Legitimador del Estado. Éste es el espíritu que se manifiesta en los artículos, 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 29, y Fracción IV del artículo 74 de la Constitución del Estado de Puebla y sus correlativos de las Constituciones de las demás entidades federativas, que debe imperar en el comportamiento del Notario. El Notario que desempeña dos funciones públicas del Estado, es un infractor permanente y habitual de la ley. Debe ser excluido del Notariado, no tendría autoridad moral para desempeñar ningún cargo, demerita la institución.

El Notario con licencia sigue siendo Notario; deben suprimirse las suplencias de Notarios que se dedican a otras tareas, sus protocolos deben enviarse al Archivo General de Notarías; las notarías deben considerarse vacantes y convocarse a los aspirantes para cubrir las. Además, un Notario que tiene otra función estatal, origina competencia desleal que se traduce en inmoralidad plena.

La doctrina notarial internacional ha dado la pauta para que las distintas legislaciones del Notariado se unifiquen en lo esencial. Espero que las legislaciones del Estado Mexicano y las de otros países, miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, en esta materia, se adecuen y se homologuen en los capítulos y en los artículos de la Legislación Notarial de esa manera unificada.

Invito a mis colegas para ampliar o redargüir los conceptos vertidos en esta propuesta, pero siempre con el propósito de la superación del Notario y de la Institución que representa.

5.2. LEY DE TRANSPARENCIA Y FOMENTO A LA COMPETENCIA EN EL CRÉDITO GARANTIZADO

NOT. ERICK SALVADOR PULLIAM ABURTO

A) INTRODUCCIÓN

El 30 de diciembre de 2002 se publica en el *Diario Oficial* de la Federación un ordenamiento denominado Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado, dicha ley no tiene precedente en nuestro derecho, ya que sus fuentes son disposiciones aplicadas con éxito en la República de España.

En efecto, desde el año de 1994 en España se dieron dos ordenamientos que sirvieron de inspiración a nuestros legisladores, el primero es La Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios y el segundo la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios; con dichos ordenamientos se buscaba resolver dos problemas que se presentaban en la sociedad española y que eran:

1. Permitir o facilitar la subrogación en los créditos que tenían los deudores con las Entidades Financieras, aunque en los contratos respectivos no estuviere permitido o se hubiese pactado una comisión por prepago demasiado onerosa, logrando con ello una competencia entre dichas Entidades que beneficiara al deudor.

2. Atacar la desconfianza de los deudores hacia las Entidades Financieras, obligando a éstas a informar oportuna y suficientemente de las condiciones que tendrán los créditos que otorguen, así como de las cláusulas que contendrán las escrituras que formalizarán dichos contratos, en esta parte, las disposiciones españolas depositan en la función notarial el cuidado de los intereses de los acreditados.

Los beneficios prácticos de ambas disposiciones han sido de enorme importancia en el mercado hipotecario de vivienda en la Península ibérica, tal y como podemos apreciar en las conclusiones del VII Congreso de Notarios Españoles, dentro del tema general "Suelo y Vivienda en el Siglo XXI", celebrado en la Ciudad de Madrid los días 8, 9 y 10 de mayo de 2003, que a continuación transcribo: *"PRIMERA. Se constata, como hitos que han contribuido a incrementar la transparencia y competencia en el mercado hipotecario a la Orden Ministerial de Transparencia (de 5 de mayo de 1994) y a la Ley de Subrogaciones (2/94). Tales objetivos se consiguen mediante la introducción del sistema del folleto informativo y la oferta vinculante, y la potenciación de la actuación notarial, que se erige en eje del sistema de protección del consumidor, diluyendo las opacidades, consiguiendo que el consentimiento informado se proyecte sobre todo el contenido contractual evitando las cláusulas sorprendentes y desincentivando el uso futuro de cláusulas abusivas..."*⁶⁸

Si bien es cierto que las condiciones que imperan en nuestro país no son idénticas a las de los españoles, nuestro legislador creyó oportuno tomar ambos ordenamientos y crear una ley que fomentara la competencia de las Entidades Financieras Mexicanas y que además las obligara a dar transparencia en la información que dan a sus acreditados, buscando con ello en última instancia el proteger los intereses de los deudores mexicanos.

Desde luego nuestro legislador modifica los preceptos de los ordenamientos que le sirvieron de fuente (la mayor de las veces de manera desafortunada) y el 30 de diciembre de 2002 publica la Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado.

La ley mexicana, que como ya se dijo, aunque se inspira en los ordenamientos españoles tiene cambios en relación a ellos en aspectos que resultan de vital importancia y seguramente son muchas las críticas que de él se pueden hacer, pero no son el objetivo del presente estudio, de manera que solamente me referiré a las disposiciones de nuestra ley que se refieren a la intervención del notario en la formalización de los créditos garantizados y concretamente a la actuación que la misma le impone.

⁶⁸ Información obtenida por correo electrónico de: internacional@notariado.org
18.11.038

B) OBLIGACIONES DEL NOTARIO EN LA LEY

De los 19 artículos que componen la Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado, los numerales 8 y 9 se refieren al instrumento notarial que formaliza los créditos garantizados, al notario y a su actuación:

“ART. 8º—Los actos jurídicos relativos a los Créditos Garantizados se deberán otorgar en escritura pública, sin importar su cuantía. Con el objeto de procurar la uniformidad de los contratos de Créditos Garantizados, éstos deberán contener un mínimo de cláusulas financieras incluyendo entre otras:

I. El capital del préstamo, en donde se advierta el importe del mismo y su forma de entrega;

II. Las condiciones que deba cumplir el acreditado antes de disponer del capital y el plazo para cumplirlas;

III. La o las tasas de interés, incluyendo las aplicables en caso de mora, y la obligación de proporcionar al cliente el Costo Anual Total en los estados de cuenta en términos de lo establecido en el artículo 12 de la presente Ley;

IV. La forma en que se amortizará el adeudo, considerando, en su caso, el número, periodicidad y cuantía de los pagos;

V. La aceptación expresa de que recibirá el pago adelantado del mismo por parte del deudor o de cualquier otra Entidad y le cederá todos sus derechos derivados del contrato correspondiente; y la aceptación expresa de que admitirá la sustitución de deudor; y

VI. Las demás que establezcan las Reglas.

El contenido y características de las cláusulas financieras estará previsto en las Reglas. En las escrituras públicas en las que se formalicen los Créditos Garantizados deberán estar visiblemente identificadas dichas cláusulas.”

“ART. 9º—Los fedatarios públicos frente a los cuales se otorgue la escritura tendrán las siguientes obligaciones:

I. Comprobar que las cláusulas financieras contenidas en el contrato de crédito coincidan con los términos y condiciones ofertados en la oferta vinculante;

II. Comprobar que no se incluyan gastos o comisiones a cargo del acreditado, que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras, y

III. Las demás que prevean las Reglas.”⁶⁹

⁶⁹ *Diario Oficial* de la Federación. 30.12.2002. Tercera Sección, pp. 105-109.

El artículo 8º de la Ley, siguiendo los preceptos españoles, regula el clausulado financiero, que deberá de estar visiblemente identificado en los contratos de crédito garantizado, dicho precepto señala la obligatoriedad de que se otorgue precisamente en escritura pública cualquier acto relativo al crédito garantizado, lo que excluye la posibilidad de que dichos actos consten en otra forma distinta.

El contenido de las cláusulas financieras de las escrituras que formalicen créditos garantizados, debe ser igual a la información que se le proporcionó al deudor en la oferta vinculante, dichas cláusulas deberán de identificarse visiblemente en el instrumento notarial.

El artículo 9º establece obligaciones para los notarios ante quienes se otorguen créditos garantizados, que consisten primeramente en verificar que las cláusulas financieras del contrato coincidan con los términos y condiciones que se le ofrecieron al deudor en la oferta vinculante y además debe de verificar la no-existencia de algún otro gasto o comisión que debiera haberse incluido en las cláusulas financieras.

En ambos preceptos se incorpora la posibilidad de que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante la expedición de reglas generales, dictamine las características y contenido del clausulado financiero de los contratos de crédito garantizado y así mismo imponga nuevas obligaciones a los notarios en esta materia.

C. OBLIGACIONES DEL NOTARIO EN LAS REGLAS

Al parecer la prisa con la que se aprobó la Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado, aunada a la falta de estudios serios del mercado hipotecario mexicano que debió hacer el Poder Legislativo, impidieron que se hiciera un ordenamiento, ya no digamos bueno sino completo, de la lectura de su articulado se desprende que los elementos más importantes del mismo serían determinados por Reglas de carácter general que al efecto la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se encargaría de publicar dentro de los seis meses siguientes a la publicación del propio ordenamiento, dejando en manos de dicha dependencia del Poder Ejecutivo la posibilidad de aumentar las obligaciones que emanan de la Ley, así como determinar las características de los elementos que son indispensables para su observancia.

El último día del plazo concedido, esto es el 30 de junio de 2003, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público publica en el *Diario Oficial* de la Federación las mencionadas Reglas, las cuales se compo-

nen de un total de diez y son importantes para nuestro estudio las siguientes:

“SÉPTIMA. CONTRATOS DE CRÉDITO GARANTIZADO.—Con el objeto de dar uniformidad a los contratos de Crédito Garantizado, éstos deberán de contener como mínimo las cláusulas financieras que contengan lo siguiente:

El importe del Crédito Garantizado y su forma de entrega;

Las condiciones que deba cumplir el Cliente antes de disponer del capital y el plazo para cumplirlas;

La tasa de interés, la tasa moratoria, así como otras penas aplicables en caso de mora, y la obligación de proporcionar al Cliente el Costo Anual Total en los estados de cuenta en términos de lo establecido en el artículo 12 de la Ley;

La forma en que se amortizará el adeudo, considerando, en su caso, el número, periodicidad y cuantía de los pagos;

La aceptación expresa de que recibirá el pago adelantado del crédito por parte del deudor o de cualquier otra Entidad y le cederá todos sus derechos derivados del contrato correspondiente; y la aceptación expresa de que admitirá la sustitución de deudor siempre y cuando el comprador presente a la Entidad una Solicitud de Crédito y se cumpla con los demás requisitos y obligaciones que establece el artículo 6º de la Ley y las presentes Reglas, y

Las condiciones y comisiones por pago anticipado del crédito conforme a lo establecido en el artículo 16 de la Ley.

Las cláusulas financieras deberán de estar identificadas en los contratos mediante un encabezado al inicio del capítulo o apartado que las contenga y que las identifique claramente como “Cláusulas Financieras”.

Todas aquellas cláusulas que no sean financieras deberán estar ubicadas en capítulos o apartados identificados mediante encabezados que indiquen que son “Cláusulas Generales” y/o “Cláusulas No Financieras”.

OCTAVA. OBLIGACIONES DE LOS FEDATARIOS PÚBLICOS.—Con fundamento en lo dispuesto por la fracción III del artículo 9º de la Ley, los fedatarios públicos, frente a los cuales se otorguen las escrituras públicas que contengan los contratos de Crédito Garantizado deberán, además de lo señalado en la citada disposición legal, efectuar lo siguiente:

En caso de que el importe o las demás características establecidas en la Oferta Vinculante sean distintos a lo pactado en las “cláusulas financieras” del contrato, hacer constar en la escritura que se haga ante su fe, que la Entidad dio a conocer dichas diferencias al Solicitante y le explicó las razones por las que la Oferta Vinculante no fue respetada, ya sea porque la información dada

por el solicitante no coincida con la documentación entregada, o porque haya cambiado su situación crediticia o el valor de la garantía;

En caso de haber existido Oferta Vinculante, hacer constar en la escritura pública que la Entidad dio a conocer al Cliente el cálculo del Costo Anual Total del crédito correspondiente al momento de la firma;

En su caso hacer constar en la escritura que las partes declaran que no existió Oferta Vinculante previa a la celebración del contrato;

En todo caso, el fedatario deberá de hacer constar que el representante de la Entidad explicó al Solicitante los términos y condiciones definitivos de las cláusulas financieras, así como las comisiones aplicables y demás penas convencionales, y

Entregar al Cliente una copia simple de la escritura que formalice el Crédito Garantizado correspondiente.⁷⁰

La regla séptima no cumple con lo mandado por la Ley en el último párrafo del artículo 8º, ya que debería de determinar las características y contenido de las cláusulas financieras de los contratos que contengan créditos garantizados, ya que solamente se limita a repetir lo que dice la Ley agregando algunos elementos que deben de ser considerados como cláusulas financieras en los contratos.

Es de subrayarse que en la orden española de 5 de mayo de 1994, las cláusulas financieras son un anexo del ordenamiento y se deben de transcribir literalmente en el contrato y no se puede introducir variación alguna sin consentimiento previo de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda Español.

Con ello, en España, se logra que toda persona al firmar un crédito de los regulados por esa orden, no tenga ningún temor de que los pactos contenidos en su contrato sean de alguna manera contrarios a sus intereses, ya que las cláusulas financieras (que son las únicas en donde puede contenerse algún pago a su cargo) han sido revisadas y aprobadas por las autoridades y su contenido es IMPARCIAL, logrando con ello que las partes del contrato tengan un equilibrio entre ellas.

Por desgracia en México el legislador no quiso hacer lo mismo que las autoridades españolas, agregando un clausulado único a la Ley y se limitó solamente a señalar cuáles deben de considerarse cláusulas financieras, y a delegar en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la facultad de dictar Reglas Generales que determinen

⁷⁰ *Diario Oficial* de la Federación. 30.06.2003. Primera Sección. Págs. 2-12.

sus características y contenido, sin embargo dicha dependencia también rehuyó su responsabilidad y solamente repitió el catálogo enumerado en la Ley con algunas adecuaciones menores.

Lo anterior dará por resultado que cada Entidad Financiera redacte su propio "clausulado financiero" para los contratos de crédito garantizado que celebre y con ello existirá siempre la sospecha de que los pactos contenidos en dichas cláusulas serán en beneficio del acreedor, con lo que no se logra la tan ansiada transparencia en dichos actos jurídicos y se limita la actuación del notario en el otorgamiento de los instrumentos que los formalizan.

Por lo que respecta a las nuevas obligaciones para los notarios contenidas en la Regla Octava, independientemente de la discusión sobre la constitucionalidad de las mismas, derivada de la delegación que hace el legislador en favor de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para establecer obligaciones de carácter general, podemos afirmar que al igual que las disposiciones españolas, dicha Regla ve en el notario una institución imparcial que debe de servir de auxiliar de la parte más desprotegida, en este caso el deudor, para impedir que las Entidades incluyan pactos distintos a los ofrecidos en la oferta vinculante y si esto llega a suceder deberá de explicársele al deudor las razones por las que no se respetó dicha oferta, aunque, como ya se dijo, en nuestro país no se le brindan al notario las armas necesarias para cumplir totalmente su cometido, ya que el contenido de las cláusulas financieras sigue quedando al arbitrio de la Entidad Financiera, esta y otras deficiencias de la Ley harán que la intervención, en esta materia, del notariado mexicano no tenga el mismo éxito que el notariado español.

D. PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO

Durante el siglo XX observamos una evolución en algunos contratos, que cuestionan aquel viejo principio contractual de que "La voluntad de las partes es la ley suprema de los contratos", en efecto, algunos contratos han dejado de ser acuerdos libres de las partes, en el que la voluntad de ellas no va a producir el contenido obligacional del mismo, ya que se ha dejado de negociar su contenido, para convertirlos en actos de simple adhesión a la voluntad de uno de los contratantes, generalmente el más poderoso económicamente hablando, es así que en materia de contratos de crédito con garantía que celebran las Entidades o Instituciones Financieras, encontramos que el prestamista elabora el clausulado del contrato y el solicitante del

crédito debe de adherirse al contenido del mismo, sin ninguna modificación, pues en caso de no estar de acuerdo con los pactos previamente estipulados el crédito le sería negado.

Este fenómeno que inició fuera del ámbito notarial, actualmente se encuentra profundamente arraigado en nuestro medio, ya que el notario se limita a transcribir en su protocolo el formato de contrato (que es prácticamente de adhesión) que le proporciona la Entidad o Institución Financiera, quedando imposibilitado de cambiar sus términos, aunque contengan cláusulas o disposiciones que pudieran resultar contrarias a los intereses del acreditado (no por ello ilegales), lo que limita de manera drástica la función del notario como asesor de las partes y convierte su actuación en la de un revisor de los antecedentes de los inmuebles dados en garantía y tramitador de la documentación necesaria para la elaboración de la escritura de crédito y garantía y su posterior inscripción en el Registro Público de la Propiedad correspondiente, ello sin menoscabo de la función certificadora de que se encuentra investido.

El plano de desigualdad en el que actúan las partes en los contratos de adhesión, entre los que se encuentran los contratos de otorgamiento de crédito por parte de Entidades o Instituciones Financieras, ha provocado que las diversas legislaciones del mundo establezcan normas protectoras de los derechos de la parte más débil (el acreditado); en nuestra legislación la materia de créditos otorgados por Entidades Financieras no tenía un marco jurídico que respondiera a estas necesidades, pues solamente encontrábamos dispersas algunas disposiciones que se referían directa o indirectamente a la materia, como pueden ser:

a) La Ley Federal de Protección al Consumidor dedica un capítulo a los contratos de adhesión, incorporando diversas disposiciones que son protectoras del contratante, que no tiene posibilidad de intervenir en la confección del clausulado de los mismos:

Capítulo X. De los contratos de adhesión

ART. 85.—Para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español, y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista.

ART. 86.—La Secretaría, mediante normas oficiales mexicanas, podrá sujetar contratos de adhesión a registro previo ante la Procuraduría cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas o altas probabilidades de incumplimiento.

Las Normas podrán referirse a cualesquiera términos y condiciones, excepto precio.”⁷¹

Sin embargo, aunque nuestra legislación trata de crear un marco jurídico para resolver el problema de la falta de equidad en la elaboración de contratos de adhesión en general, las disposiciones contenidas en los artículos anteriormente transcritos y los demás que componen el capítulo respectivo de la Ley Federal de Protección al Consumidor, no son aplicables a los contratos de otorgamiento de crédito de las Entidades Financieras ya que así lo dispone expresamente el artículo 5º del propio ordenamiento:

ART. 5º—Quedan exceptuadas de las disposiciones de esta Ley, los servicios que se presten en virtud de una relación o contrato de trabajo, los de las Instituciones y Organizaciones cuya supervisión o vigilancia esté a cargo de las Comisiones Nacionales Bancaria y de Valores, de Seguros y Fianzas o del Sistema de Ahorro para el Retiro; así como los servicios profesionales que no sean de carácter mercantil.”⁷²

b) La Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 18 de enero de 1999, que en su capítulo segundo “De la Información de los Usuarios” artículos 56, 57, 58 y 59, se ocupa del tema:

“ART. 11.—La Comisión Nacional está facultada para:.....
XVIII. Revisar y, en su caso, proponer modificaciones a los contratos de adhesión utilizados por instituciones financieras para la celebración de sus operaciones o la prestación de sus servicios;
XIX. Revisar y, en su caso, proponer a las instituciones financieras, modificaciones a los documentos que se utilicen para informar a los usuarios sobre el estado que guardan las operaciones o servicios contratados;.....

...ART. 56.—Como una medida de protección al usuario, la Comisión Nacional revisará y, en su caso, propondrá a las instituciones financieras modificaciones a los modelos de contratos de adhesión utilizados en sus diversas operaciones, en términos de lo dispuesto en la fracción XVIII, del artículo 11 de esta ley.

⁷¹ Fuente: [http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/115.htm?s= 01.03.04](http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/115.htm?s=01.03.04)

⁷² Fuente: [http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/115.htm?s= 01.03.04](http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/115.htm?s=01.03.04)

Se entenderá por contrato de adhesión, para efectos de esta ley, aquél elaborado unilateralmente por una institución financiera, cuyas estipulaciones sobre los términos y condiciones aplicables a la contratación de operaciones o servicios sean uniformes para los usuarios.

ART. 57.—La revisión que en su caso se haga de los contratos de adhesión tendrá por objeto determinar que se ajusten a los ordenamientos correspondientes y a las disposiciones emitidas conforme a ellos, así como verificar que dichos contratos no contengan estipulaciones confusas o que no permitan a los usuarios conocer claramente el alcance de las obligaciones de los contratantes.

ART. 58.—De igual forma la Comisión Nacional podrá ordenar a las instituciones financieras que le informen sobre las características de las operaciones que formalicen con contratos de adhesión, a efecto de que ésta pueda informar a los usuarios sobre dichas características.

ART. 59.—Asimismo, la Comisión Nacional revisará y, en su caso, propondrá modificaciones a los documentos que se utilicen para informar a los usuarios sobre el estado que guardan las operaciones relacionadas con el servicio que éste haya contratado con las instituciones financieras, en términos de lo dispuesto por la fracción XIX del artículo 11 de esta ley.”⁷³

c) El artículo 118-A de la Ley de Instituciones de Crédito, el cual se encuentra dentro del TÍTULO SEXTO denominado “DE LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DEL PÚBLICO”, mismo que fue adicionado el día diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cinco dispone lo siguiente:

“ART. 118-A.—La Comisión Nacional Bancaria y de Valores podrá revisar los modelos de contrato de adhesión utilizados por las instituciones de crédito.

Para efectos de este artículo se entenderá por contrato de adhesión aquél elaborado unilateralmente por una institución, que conste en documentos de contenido uniforme en los que se establezcan los términos y condiciones aplicables a las operaciones activas que celebre la institución.

La revisión tendrá por objeto determinar que los modelos de contrato se ajusten a la presente Ley, a las disposiciones emitidas conforme a ella y a los demás ordenamientos aplicables, así como verificar que dichos instrumentos no contengan estipulaciones confusas o que no permitan a la clientela conocer claramente el alcance de las obligaciones de los contratantes.

La Comisión podrá ordenar que se modifiquen los modelos de contratos de adhesión y, en su caso, suspender su utilización hasta en tanto sean modificados.

⁷³ Fuente: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/66.htm?s=01.03.04>

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores podrá ordenar a las instituciones de crédito que publiquen las características de las operaciones que formalicen con contratos de adhesión, en los términos que la propia Comisión indique.”⁷⁴

Aunque la disposición pareciera abarcar a los modelos de contratos de crédito que se otorgan en escritura pública, pues son elaborados unilateralmente por las Instituciones (con una escasa o nula participación del notario) y su contenido es uniforme, en la práctica dichos modelos de contratos no son revisados ni aprobados por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, pues se estima que el contenido de los mismos será “negociado” con el acreditado y existe por tanto la posibilidad de “cambiar su contenido”, por lo que no serían propiamente contratos de adhesión.

De la lectura de las disposiciones contenidas en los ordenamientos citados se desprende que el acreditado no tiene una norma protectora de sus intereses, que efectivamente funcione, lo que lo obliga, al ser la parte más débil en dichos contratos, a plegarse a los requisitos y condiciones que le son impuestos por las Instituciones Crediticias, sin que el notario tenga ningún argumento legal para lograr la equidad en dichos “acuerdos de voluntades”.

Desde luego que la falta de una correcta regulación protectora de los intereses de los acreditados, ha dado lugar a numerosas controversias judiciales entre las Instituciones Crediticias y estos, las cuales en su mayoría versan precisamente sobre el contenido de los contratos, que habiéndose elaborado por las Instituciones y sin una posibilidad real de negociar su contenido, frecuentemente acaban por generar obligaciones excesivas para los acreditados y éstos utilizan como argumento de defensa ante los tribunales, precisamente, la redacción leonina de los mismos o la falta de claridad en el contenido de las cláusulas o bien la supuesta simulación que existe en los contratos crediticios.

Algunas de las resoluciones judiciales que se han producido en relación a los contenidos de los contratos de crédito, han tenido importancia no solamente para el mundo jurídico, sino también para el económico y social de nuestro país, como ejemplo de ello transcribo las siguientes tesis jurisprudenciales:

I) *“CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL*

⁷⁴ Fuente: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/42.htm?s=01.03.04>

CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.—Las declaraciones del secretario de Hacienda y Crédito Público sobre la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el veintisiete de agosto de mil novecientos treinta y dos, que hacen las veces de exposición de motivos de tal ordenamiento, son categóricas en cuanto al propósito de establecer contratos de crédito consensuales, distintos del préstamo y de otras convenciones tradicionales, para abrir un amplio campo de operaciones que la falta de prescripciones legislativas habían hecho imposible en México. A esa clara intención responde la figura jurídica denominada apertura de crédito, regulada por los artículos del 291 al 301 de la ley indicada, de los cuales el legislador dispuso todo lo que estimó pertinente acerca de ese contrato; así, en el artículo 291 se define el contrato; en el 292 se regula la hipótesis en que se establezca un límite máximo del crédito; en el 293 regula el supuesto de que no se fije importe máximo de disposición; en el 294 se reglamenta la hipótesis de que las partes podrán convenir en restringir el plazo o el monto del crédito concedido; en el 295 se establece que el acreditado podrá disponer a la vista, salvo convenio en contrario, de la suma objeto del contrato; en el 296 aborda la mecánica de las disposiciones y abonos en cuenta corriente; el 297 está destinado a establecer las reglas de pago por parte del acreditado cuando el crédito estriba en la aceptación de obligaciones a su nombre por parte del acreditante; el 298 tiene por objeto precisar que en la apertura se puede pactar el otorgamiento de garantías personales y reales y que se entenderá que es por el monto del crédito ejercido; el 299 impide al acreditante negociar, previamente a su vencimiento y sin consentimiento del acreditado, los documentos que éste hubiere dejado en garantía; el numeral 300 preceptúa las reglas a seguir para la disposición y el pago del crédito y el 301 enlista las causas de extinción del crédito. La detallada configuración que se ha reseñado pone de manifiesto que el legislador no incurrió en olvido u omisión en cuanto a la potestad de las partes para pactar que los intereses vencidos y no pagados puedan, a su vez, generar nuevos intereses, o la capitalización de intereses en este tipo de contratos por el contrario, la supresión realizada en la ley sobre esos puntos se debe interpretar en el sentido de que tales cuestiones se dejaron a la libre voluntad de las partes, con la única salvedad de que, cuando en tales convenciones funja como acreditante una institución de banca múltiple, deberá cumplir con las regulaciones que sobre el particular expida (como ya lo ha hecho para determinados créditos) el Banco de México. Esto último deriva de que los artículos 6º, párrafo primero y 48, párrafo primero, de la Ley de Instituciones de Crédito, someten a las instituciones de banca múltiple, específicamente en cuanto a las tasas de interés y demás características de las operaciones activas que celebren, a las dispo-

siciones de la Ley del Banco de México y, esta otra, en sus artículos 24 y 26 respectivamente, faculta al Banco de México para expedir disposiciones generales con el propósito, entre otros, de proteger los intereses del público, y establece que las características de las operaciones activas, pasivas y de servicios que realicen las instituciones de crédito se ajustarán a las disposiciones del banco central. De todo lo expuesto se desprende que las normas legales especiales que regulan el contrato de apertura de crédito no adolecen de deficiencia alguna sobre el punto de que se trata, motivo por el cual el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, no resulta aplicable supletoriamente a dichas disposiciones.

P/J. 48/98

Contradicción de tesis 31/98.—Entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros.—7 de octubre de 1998.—Mayoría de ocho votos.—Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza.—Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 48/1998, la tesis jurisprudencial que antecede.—México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo VIII, Octubre de 1998. Tesis: P/J. 48/98. Página: 372. Tesis de Jurisprudencia."

II) "ANATOCISMO. LO CONSTITUYE EL CONVENIO RESPECTO DE INTERESES AÚN NO VENCIDOS.—El artículo 363 del Código de Comercio dispone que: "Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos." De este precepto se desprende, por una parte, la prohibición de que los intereses vencidos generen a su vez intereses y, por otra, la posibilidad, como caso de excepción y acto posterior, la capitalización de los intereses vencidos y no cubiertos atendiendo a la voluntad de los contratantes; sin embargo, este dispositivo no permite la celebración de convenios en que se capitalicen los intereses que aún no se han generado, porque dicho numeral se refiere a intereses vencidos y no pagados, pero no autoriza a capitalizarlos en forma anticipada; sin que obste para ello lo estipulado por el diésimo 78 del propio ordenamiento ya que éste se refiere a las convenciones que no se encuentran prohibidas por la ley; pues interpretarlo de otro modo implicaría afirmar que los contratantes pueden pactar convenios prohibidos por la ley.

Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito.
XVI.2o. J/4.

Amparo directo 646/97. Banca Promex, S.A., Institución de Banca Múltiple. 7 de noviembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías. Secretario: Salvador Álvarez Villanueva.

Amparo directo 873/97. Alfonso Borja Quintanar. 13 de febrero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Javier Pons Licéaga. Secretario: José Guillermo Zárate Granados.

Amparo directo 923/97. Banca Promex, S.A., Institución de Banca Múltiple. 20 de febrero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías. Secretario: Francisco Javier Solís López.

Amparo directo 656/97. Bancomer, S.A. 13 de marzo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Froylán Guzmán Guzmán. Secretario: Francisco González Chávez.

Amparo directo 1074/97. Bancomer, S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero. 20 de marzo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías. Secretario: Francisco Javier Solís López.

Nota: Sobre el tema tratado existen denuncias de contradicción de tesis números 2/98 y 11/98, pendientes de resolver en la Primera Sala.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo VIII, Julio de 1998. Tesis: XVI.2o. J/4. Página: 243. Tesis de Jurisprudencia.”

III) “APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. POR SÍ SOLA, NO CONSTITUYE SIMULACIÓN. De acuerdo con el artículo 2180 del Código Civil para Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal ‘Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas’, y del artículo 2183 del mismo ordenamiento se infiere que, con el acto simulado, las partes tienen la intención de causar perjuicio a un tercero o de transgredir la ley. Estas consideraciones permiten comprender que en el contrato de apertura de crédito adicional que celebra una persona con un banco con objeto de disponer del crédito necesario para cubrir los intereses devengados con motivo de otro contrato bancario celebrado en el mismo instrumento o en uno distinto, no adolece de simulación, en primer lugar, porque no se ve que haya ningún tercero que pueda resultar perjudicado ni, obviamente, la dañada intención de los contratantes en este sentido y, en segundo lugar, porque no puede haber transgresión a la ley, porque estando configurada la apertura de crédito en los artículos 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como un contrato mediante el cual el acreditante se obliga a poner una suma de dinero —entre otras posibles obligaciones— a disposición del acreditado, para que éste haga uso del crédito, en la forma y en los términos y condiciones convenidos”, debe admitirse que no está vedada la convención que permita disponer de dicho crédito para el eventual pago de intereses; y si, por otra parte, coincide la realidad de los hechos con el

pacto jurídico, del que aparece que el acreditado se obligó a efectuar pagos parciales con intereses, debe concluirse que en esos términos, la sola celebración del contrato de apertura de crédito adicional no adolece de simulación.

P/J. 56/98

Contradicción de tesis 31/98.—Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y otros y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros.—7 de octubre de 1998.—Cinco votos.—Ponente: Juventino V. Castro y Castro.—Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 56/1998, la tesis jurisprudencial que antecede.—México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo VIII, Octubre de 1998. Tesis: P/J. 56/98. Página: 365. Tesis de Jurisprudencia.”

IV. “INTERESES. LAS TASAS VARIABLES EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO SON DETERMINABLES, NO IMPRECISAS. El pacto de tasas variables, en operaciones activas, se encuentra permitido, según se infiere de lo dispuesto en los artículos 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 78 del Código de Comercio, relacionados con las circulares que emite el Banco de México, por lo que la remisión a índices inequívocos no le resta precisión, pues si bien pudiera existir cierta dificultad sobre la forma de llegar a conocer exactamente el monto de las obligaciones de los deudores, la determinación de cuál es la tasa de interés aplicable a cada vencimiento es objeto de consentimiento recíproco de las partes desde el momento del nacimiento del contrato. El banco no puede, válidamente, escoger a su arbitrio la tasa conforme a la cual se determinarán los intereses, sino que debe esperar a que los datos que la realidad objetiva arroje, indiquen cuál será la tasa de interés que resultará aplicable para un periodo determinado, de conformidad con las reglas que, para estos efectos, los contratantes han establecido. El deudor puede llegar a conocer el monto líquido de su obligación de pago en el momento en que se genera, con recurrir a la mecánica del instrumento de que se trate o, simplemente, acudiendo al banco para obtener la información correspondiente. Sostener lo contrario llevaría a considerar que el establecimiento de fórmulas que, en ocasiones, resultan complicadas para cumplir con obligaciones de pago, provocaría que se estimaran contrarias a derecho, aun cuando con la realización de ciertas operaciones aritméticas y la reunión de determinados datos informativos, se podría cumplir con la obligación. El hecho de que la tasa pactada sea determinable y no determinada no la hace, de suyo, imprecisa, arbitraria

o ilegal. El procedimiento podrá resultar complejo, pero esa complejidad no se traduce en imprecisión.

P/J. 54/98

Contradicción de tesis 31/98.—Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito.—7 de octubre de 1998.—Mayoría de diez votos.—Disidente y Ponente: Juventino V. Castro y Castro.—Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 54/1998, la tesis jurisprudencial que antecede.—México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo VIII, Octubre de 1998. Tesis: P/J. 54/98. Página: 378. Tesis de Jurisprudencia.”

E) LA IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO EN LA LEGISLACIÓN NOTARIAL

La legislación notarial vigente en el Distrito Federal, reitera de manera especial la imparcialidad con que debe de actuar el notario en el ejercicio de su función, de ello se ocupan los siguientes numerales:

ART. 3º—...Su imparcialidad y probidad debe extenderse a todos los actos en los que intervenga de acuerdo con ésta y con otras leyes.”

ART. 6º—Esta Ley regula el tipo de ejercicio profesional del Derecho como oficio jurídico consistente en que el Notario, en virtud de su asesoría y conformación imparcial de su documentación en lo justo concreto del caso...

ART. 7º—Esta Ley establece como principios regulatorios e interpretativos de la función y documentación notarial: ... V. ... La ulteralateralidad es la actitud y procedimiento de asesoría notarial y de conformación del instrumento notarial que va más allá de una simple imparcialidad, llevando al notario a ser un verdadero consultor o consejero de cada parte, con atención personal y entrega cuidadosa, de forma tal que se cubran los requisitos de asesoría y consejo para cada una de las partes o solicitantes del servicio, sin descuidar los de la contraparte, ni ser parcial contra ella, sino ejerciendo hacia ella la misma actitud, basada en lo justo concreto del caso de que se trate...

ART. 14.—De conformidad con los postulados del Notariado latino incorporado al sistema del Notariado local, en cada instrumento y en la asesoría relativa el Notario deberá proceder conforme a los principios jurídicos y deontológicos de su oficio profesional; consiguientemente, no podrá tratar a una parte como su cliente y a la otra no, sino la consideración será personal y profesionalmente

competente por igual desde la buena fe y la asesoría imparcial a cada parte o persona que solicite su servicio. La violación a este artículo ameritará queja.

ART. 30.—El ejercicio de la función notarial y la asesoría jurídica que proporciona el notario, debe realizarlos en interés de todas las partes y del orden jurídico justo y equitativo de la ciudad, y por tanto, incompatible con toda relación de sumisión ante favor, poder o dinero, que afecten su independencia formal o materialmente...⁷⁵

Es claro, que la legislación notarial quiere ver al notario actuando de manera imparcial en todos los actos que se celebran ante su fe, asesorando por igual a todos los interesados en los mismos, sin privilegiar a ninguno de ellos en detrimento del otro u otros interesados y sin que para ello el legislador haya creado, en el propio ordenamiento, casos de excepción.

Sin embargo ¿podríamos matizar esta imparcialidad del notario cuando interviene en actos en los que las partes no actúan en igualdad de circunstancias?, cuando la posición de una de las partes es notoriamente más privilegiada que la del otro contratante, como es el caso de los contratos otorgados por instituciones crediticias y sus clientes.

La respuesta tendría que ser en sentido negativo, si no se crea un marco jurídico que así lo permita, pero dicho marco debe de ser congruente con nuestra realidad social y económica y no simplemente una copia de instituciones y ordenamientos extranjeros, que en su país de origen han probado su eficacia, pero que no necesariamente serán la respuesta idónea para nuestras necesidades, máxime si a ello le agregamos que nuestro legislador, de manera irreflexiva e improvisada, pretende modificar las normas extranjeras que está copiando, sin detenerse al estudio de su esencia y con ello lo único que logra es un texto que causará innumerables controversias, pues las disposiciones que nuestro legislador le agrega o modifica, le quitan lo que de bueno tiene el ordenamiento original.

F) LA ACTUACIÓN DEL NOTARIO EN LA FORMALIZACIÓN DE CRÉDITOS GARANTIZADOS

Antes de la entrada en vigor de la Ley de Transparencia y Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado, la actuación del

⁷⁵ Gaceta Oficial del D. F. De 28 de marzo de 2000.

notario en la celebración de contratos crediticios no podría favorecer al deudor, en detrimento de la Institución de Crédito, pues ello lo llevaría a violar las disposiciones de su propia Ley, que como ya hemos visto propone una imparcialidad absoluta notarial.

Sin embargo una vez que dicho ordenamiento ha entrado en vigor, el notario está obligado a realizar determinados actos que redundan en beneficio del deudor y que por lo tanto le dan cierta parcialidad a su actuación, tales como:

- Hacer constar, en la escritura que las partes declaran que no existió Oferta Vinculante previa a la celebración del contrato.

- Comprobar que las cláusulas financieras contenidas en el contrato de crédito coincidan con los términos y condiciones de la oferta vinculante, con lo cual se le otorga certeza al acreditado de que la Institución respeta lo ofrecido al iniciar el trámite del crédito.

- Si hay variación entre la Oferta Vinculante y las cláusulas financieras del contrato, cerciorarse que la Entidad dio a conocer dichas diferencias al acreditado las cuales únicamente se pueden deber a que la información dada por el solicitante no coincida con la documentación entregada, o porque haya cambiado su situación crediticia o el valor de la garantía no sea suficiente.

- Comprobar que no se incluyan gastos o comisiones a cargo del acreditado, que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras, con lo que se pretende cuidar que el acreditado no sea sorprendido con costos mayores a los que tiene presupuestados.

- Hacer constar en la escritura pública que la Entidad dio a conocer al Cliente el cálculo del Costo Anual Total del crédito correspondiente al momento de la firma.

- Hacer constar que el representante de la Entidad explicó al acreditado los términos y condiciones definitivos de las cláusulas financieras, así como las comisiones aplicables y demás penas convencionales.

- Entregar al acreditado una copia simple de la escritura que formalice el Crédito Garantizado correspondiente.

Definitivamente existe una justificación para que el ordenamiento trate de que la actuación del notario sea parcial en esta materia, pues como lo hemos señalado, en el otorgamiento de contratos de crédito, la posición del deudor es notoriamente de desventaja frente a la Institución y es en la actuación notarial (aunque parcial) donde podemos encontrar un elemento que auxilie para lograr el equilibrio de las partes.

Por desgracia, nuestra Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado tiene serias deficiencias, que no van a permitir que la actuación notarial sea utilizada de la mejor manera para lograr el equilibrio de las partes en los contratos que regula, ya que en primer término no tiene un objeto preciso, pues el ordenamiento parece referirse a la totalidad de los créditos garantizados, sin embargo sus puntos medulares se limitan exclusivamente a los créditos garantizados a la vivienda; de igual forma la oferta vinculante prevista por el ordenamiento y que sirve de detonante para la mayoría de sus disposiciones, no es obligatorio expedirla para las Entidades Financieras, ya que solamente deben de hacerlo cuando lo solicite el acreditado; el ordenamiento no contiene tampoco un clausulado uniforme, redactado y aprobado por un organismo imparcial (asesorado por el notario), que permita suponer a los acreditados que no existen pactos leoninos o cláusulas dolosas en los contratos de crédito que regula la Ley y finalmente la intervención que tiene el notariado es poco útil, pues debido a todas las deficiencias del ordenamiento, no existen muchas posibilidades de una actuación efectiva que verdaderamente sirva para lograr al equilibrio de las partes que intervienen en los contratos que la Ley regula.

Considero que este ordenamiento, es la continuación de una reciente política legislativa, que con el tiempo y la experiencia en su aplicación práctica, habrá de perfeccionarse y con ello crear un marco jurídico más adecuado, para aprovechar la actuación notarial de manera más eficiente.

Sería deseable que, de manera inmediata, la Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado de nuestro país se reformara en los siguientes aspectos:

1. Se limite el objeto de la Ley exclusivamente a créditos destinados a la vivienda y hasta un cierto monto, con el objeto de que la protección de la misma sea para aquellos que verdaderamente requieren de ella.

2. Se obligue a las Entidades Financieras a entregar de manera obligatoria ofertas vinculantes a sus posibles clientes, aunque ellos no lo soliciten, para así otorgar al acreditado la posibilidad de comparar las condiciones que ofrecen cada una de las instituciones.

3. Se debería de uniformar un clausulado tipo para los contratos crediticios, debiendo esto ser efectuado por la autoridad correspondiente con la asesoría del notariado, prohibiendo su posterior modificación sin autorización previa y solamente en casos que así lo ameriten.

4. El contenido del clausulado financiero tipo se debería poner a disposición de los solicitantes del crédito en las sucursales de las Entidades Financieras para informarlos oportunamente de los pactos que tendrán que aceptar al momento de formalizarlo, transparentando con ello las condiciones del otorgamiento del mismo.

5. Prohibir a los notarios autorizar aquellos contratos de crédito que no contengan el clausulado financiero aprobado o bien que impongan obligaciones pecuniarias en contra del acreditado en las demás cláusulas del referido contrato.

5.3. CÓDIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES

La actuación de un jurisperito que, además, cuenta con la confianza pública, como el notario, ha sido y será factor indispensable para salvaguardar la certeza y seguridad jurídicas en cualquier entorno; así pues, el Estado Mexicano no ha dudado utilizar esta institución notarial para garantizar la transparencia en los procesos electorales a lo largo y ancho del país. La participación del gremio notarial en la mayoría de los actos que pudieren resultar sensibles a las partes involucradas en los procesos electorales (como traslado de material electoral, conservación y guarda de las papeletas electorales, verificación de tinta indeleble, por citar algunos), ha sido definitiva para evitar conflictos e imprimir certeza a los mismos que, durante varios años, fueron materia de cuestionamientos serios. Los notarios mexicanos han desarrollado su labor (con los principios que le son característicos, como el de la imparcialidad), a solicitud de cualquier interesado, integrante de un partido político o no, en momentos álgidos a grado tal que, ante la presencia del *señor notario*, los ánimos se calman, las cosas toman sus causas ordinarios y todos los actores colaboran con la labor del notario que dejará constancia de los hechos, mediante el acta respectiva, y al que, cuando más, se le requerirá la expedición de un testimonio para agregarlo como documental en el proceso que se inicie o se pretenda iniciar ante los Tribunales Electorales respectivos. Los ciudadanos mexicanos confían plenamente, en la actuación de sus notarios, les profesan respeto y simpatía pues han constatado que los días de elecciones un despacho notarial está abierto y un notario está atento al proceso electoral. Si bien es cierto que, en México, muchos notarios tienen filiación partidista y algunos, incluso, militan en partidos políticos, desempeñando diversos cargos, también lo es que en los procesos electorales, dichos

notarios se abstienen de intervenir a grado tal que la participación notarial no se ha visto cuestionada sino, más bien, cada vez más solicitada por la probidad en la actuación de los notarios.

Entre los diversos actos en que intervienen los notarios, en materia electoral, el Código Federal de Instituciones y Procesos Electorales, considera a los siguientes:

a) *Instalación y Apertura de Casillas*: El día de la elección, las casillas electorales deberán instalarse, a más tardar, a las 8:15 a.m. y, en caso contrario, el artículo 213 dispone que un funcionario del Instituto Federal Electoral integre a la mesa directiva de la casilla y ésta inicie sus actividades, para lo cual se requerirá la presencia de un notario que debe dar fe de los hechos relativos. Además, conforme al artículo 219, el notario tiene derecho de acceso a la casilla, para dar fe de cualquier acto relacionado con la integración de la mesa directiva, la instalación de la casilla y, en general, con el desarrollo de la votación, siempre y cuando se haya identificado ante el Presidente de la mesa directiva y precisada la índole de la diligencia a realizar, misma que en ningún caso podrá oponerse al secreto de la votación.

b) *Cierre de la votación*: La votación se cierra a las 18:00 horas (art. 219) y las casillas sólo permanecen abiertas después de esa hora, siempre y cuando se encuentren formados electores para votar; para el caso que alguno de los electores formados no se les permita votar o que la casilla hubiere cerrado a la hora señalada, aún con electores formados, los notarios son requeridos para dejar constancia de esos hechos o de cualesquiera otro que tuviere que ver con el proceso de votación como, por ejemplo, en caso de propaganda electoral o desórdenes en las casillas de votación.

En términos generales (art. 241), los notarios en ejercicio mantienen abiertas sus oficinas el día de la elección y atienden las solicitudes que les hacen los funcionarios de casilla, los ciudadanos y los representantes de partidos políticos, dando fe de ciertos y determinados hechos o certificando documentos concernientes a la elección; para tal efecto, los colegios de notarios de las entidades federativas publican, cinco días antes del día de la elección, los nombres de sus miembros y los domicilios de sus oficinas.

En caso de infracción a las disposiciones electorales, o que los notarios incumplan con las obligaciones que les impone el ordenamiento electoral, el Instituto Federal Electoral conoce de ellas, integra un expediente que remite al Colegio de Notarios o autoridad competente, para que proceda en los términos de la legislación aplicable; mismos que deben comunicar al Instituto Electoral las medidas que hayan adoptado en el caso.