

LA REDACCIÓN DE LOS CONTRATOS Y LA FUNCIÓN DEL NOTARIO

JAVIER ARCE GARGOLLO

Inicio esta plática con una cita del jurista español don José Castán Tobeñas de su obra sobre el notariado: *Función notarial y elaboración notarial del derecho*. Dice este tratadista:

El notario moderno es el heredero más directo del jurista romano. Su labor no es la de un abogado, que interviene principalmente en el momento en que va a plantearse un litigio, sino la del consejero de las familias y el *modelador de los negocios jurídicos*.¹

FUNCIONES DEL NOTARIO

¿Qué funciones desempeñamos los notarios con respecto a la redacción de los contratos y actos notariales?

El notario, al redactar el instrumento público, que en muchos casos son contratos, tiene muy variados elementos que integran el juicio de derecho que debe hacer.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal (LN) establece que el “Notario es el profesional del derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo *recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden*, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría” (art. 42).

Un análisis de estos elementos nos indica que corresponde al notario:

¹ Castán Tobeñas, José, *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Instituto editorial Reus, Madrid, 1946, p. 143.

a) El deber de *interpretar la voluntad de las partes* o del autor del acto (poderes, testamentos) y de los documentos que le presentan como antecedentes.

b) La apreciación relativa de la *capacidad* para otorgar ese acto concreto, el carácter con que intervienen y, en su caso, el análisis de la representación.

c) La apreciación referente a la *naturaleza del acto* o contrato.

d) La apreciación de la legalidad y validez del acto o contrato, o de alguna de sus partes o cláusulas.

e) La apreciación de la expresión o *redacción* para que ésta corresponda al contenido legal del acto.

f) La apreciación de la propia *competencia del notario*, a las solemnidades que deben observarse y las advertencias que la ley le imponga.²

CONTRATO E INSTRUMENTO PÚBLICO

¿Lo anterior es aplicable a todos los contratos y actos jurídicos que el notario redacta?

Hay que distinguir dos supuestos:

a) El notario redacta contratos que *no* van a ser instrumentos públicos, tales como una asociación en participación, una compraventa de acciones, un contrato de arrendamiento, un contrato de promesa de compraventa, actas de asamblea o de consejo.

b) El notario redacta actos jurídicos que son escrituras públicas como testamentos, poderes, compraventas, mutuos, hipotecas, donaciones; o ratifica actos o contratos redactados por los clientes, que deben ajustarse a la ley.

En los dos casos debe poner la misma atención a la redacción, de modo que interprete correctamente la voluntad de las partes y el contenido del contrato o del acto tenga eficacia y sea válido.

Sin embargo, cuando el notario redacta contratos y actos jurídicos que serán *instrumentos públicos*, debe cuidar las formas que señala la Ley del Notariado, el solicitar informes a registros públicos o dependencias, pedir permisos o autorizaciones, así como cuidar las obligaciones administrativas y fiscales que derivan de dicho instrumento y su deber, en algunos casos, de la inscripción registral del testimonio correspondiente.

² Cfr. Castán Tobeñas, *op. cit.*, pp. 102 y 103.

CONOCIMIENTOS DEL NOTARIO Y DE ABOGADO

¿En nuestra función cotidiana somos modeladores de negocios jurídicos o sólo copiamos algunos textos de escrituras que ya tenemos?

¿Qué conocimientos y práctica debemos tener para cumplir correctamente esta función?

Hay que apuntar que todo notario es primeramente abogado y que por tanto en materia de elaboración de contratos son aplicables algunas reglas que están en el Código Civil, en la Ley del Notariado y en los códigos de conducta y ética de los colegios de abogados.

Dice el Código de Ética Profesional del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México que en las relaciones con los clientes: “El Abogado no podrá aceptar encargarse de un asunto si no posee *la aptitud o los conocimientos necesarios* para ocuparse de él, a menos que colabore con un Abogado que tenga experiencia en la materia” (3.1.3).

Un abogado (y un notario) que asesore en la preparación, negociación, redacción y ejecución de contratos, para ejercer su profesión con dignidad y decoro³ y cumplir con la normativa ética que regula su profesión, debe prepararse con conocimientos y experiencia en esta materia.

Para ser un buen asesor y concedor de la materia de contratos, el abogado deberá tener presente —casi en la punta de los dedos— las posibilidades que el derecho le ofrece, así como las consecuencias de aquellas que puedan resolver cada situación.

LA MATERIA CONTRACTUAL

¿Se puede contratar sobre cualquier cosa o hay campos limitados a la contratación?

No todo puede ser objeto de contrato, sino que hay ciertos *límites* jurídicos para la contratación. La libertad contractual que reconoce nuestro derecho, “está subordinada a la exigencia de estar dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico... están circunscritos a la observancia de la ley imperativa”.⁴

³ Hernández Romo, Miguel Ángel, “Ética y contrato”, *Revista JURÍDICA*, Núm. 21.

⁴ Messineo, *Doctrina general del contrato*, traducción de Santiago Sentis Melendo y otros, dos tomos, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1986, tomo I, p. 709.

El Código Civil establece: “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero” (art. 6º).

También señala que: “Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos que la ley ordene lo contrario” (art. 8º).

Las normas creadas por la *autonomía privada* tienen un contenido propio que las normas estatales determinan negativamente, sustrayendo al poder privado autónomo ciertas “materias”, ciertos grupos de relaciones que el Estado reserva a su regulación... El Estado no ha indicado fines, ni propuesto intereses a los que este poder deba servir; se ha limitado a señalarle fronteras externas, esto es límites negativos.⁵

LÍMITES DE LA CONTRATACIÓN

El hecho de que existan límites legales a la contratación no significa que estemos ante “la decadencia del contrato”, pues hay muchas materias sobre las que se puede contratar. Sin embargo, es conveniente, a modo de ejemplo, señalar algunas materias que no son objeto de contrato o que tienen límites legales como son:

a) La *materia familia*: alimentos, adopción, tutela, curatela, capitulaciones matrimoniales o convenios de divorcio con limitaciones.

b) La *herencia* o la renuncia a una sucesión de una persona viva (arts. 1826 y 1666 del Código Civil).

c) Bienes que están fuera del comercio, como bienes del *dominio público* (Ley de bienes nacionales).

d) Tierras *ejidales* para el asentamiento humano que son inalienables, inembargables, imprescriptibles (64 Ley Agraria).

e) Contratos prohibidos por la Ley de Competencia Económica, como acuerdos entre productores o distribuidores, por contener *prácticas monopólicas* (absolutas o relativas) (9º y 10 LCE).

f) Contratos limitados por la Ley de *Protección al Consumidor*, por ejemplo, ciertas cláusulas en contratos de adhesión, como liberar de responsabilidad al proveedor (90 Ley de Protección al Consumidor).

g) Normas que regulan procedimientos judiciales (juicios, concursos).

⁵ Ferri, Luigi, *La autonomía privada*, trad. de Luis Sancho Mendizábal, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 11.

h) Ciertas áreas económicas reservadas al Estado, como petróleo, petroquímica, electricidad, energía nuclear (5º Ley de Inversión Extranjera).

i) La *inversión extranjera* no puede participar en áreas reservadas a mexicanos como transporte, distribución de gas, radiodifusión y televisión (6º LIE).

j) Concesiones de *servicios públicos* o contratos de obra pública que no pueden cederse o subcontratarse (47 Ley de obras públicas y servicios relacionados con la misma).

ELECCIÓN DEL ACTO JURÍDICO O CONTRATO CORRECTO

Dice el Código de Ética de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, en la norma de honradez que: “El abogado debe obrar con probidad y buena fe” (art. 3º). El notario y el abogado deben conocer las posibilidades que el derecho le ofrece, así como sus consecuencias, para sugerir soluciones concretas y prácticas. Por ejemplo, hay que determinar si efectivamente hay que celebrar un nuevo contrato o sólo conviene modificar algunas cláusulas (modificación de precio y plazo en un arrendamiento).

El notario debe tener un conocimiento claro de la materia contractual y conocer las características del contrato que va a sugerir y elaborar, si éste es un negocio de ejecución instantánea o de ejecución continuada; de colaboración (en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica, empresa, de la otra);⁶ si está en presencia de contratos de adhesión o de condiciones generales de contratación donde la negociación no existe. Si se trata de un contrato administrativo, en el que existe la posibilidad de rescisión administrativa unilateral por el Estado, que trae consecuencias importantes al particular.

¿Qué conocimientos debe tener el notario a la mano para darles una correcta aplicación?

Entre otros, *debe conocer*, por ejemplo: cómo se incluyen y operan en un contrato las condiciones y los plazos; qué son las obligaciones solidarias, la cláusula penal; cómo se pueden ceder créditos, deudas o contratos; qué efectos tiene una subrogación; cómo se celebran varios contratos para un mismo negocio complejo; qué es la reserva de dominio; cuándo conviene suscribir títulos de crédito y la posibili-

⁶ Uría, Rodrigo, *Derecho mercantil*, 24ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, núm. 655.

dad de avalarlos; cómo se pueden garantizar obligaciones mediante fianza personal, fianza de institución, carta de crédito *stand-by*, prenda, hipoteca; cuáles son los créditos para la empresa con sus garantías naturales (habilitación o avío y refaccionario); plazos de prescripción; qué es un poder irrevocable, los riesgos y casos limitados en que conviene usarse; en qué casos conviene sugerir un usufructo o un fideicomiso con sus modalidades y otras más.

Debe cuidar que los actos jurídicos o contratos que propone no contengan: *condiciones* física y jurídicamente imposibles, una cláusula penal excesiva, intereses ordinarios desproporcionados que pueda reducir un juez; actos en fraude de acreedores que pueden anularse o revocarse; renunciaciones de derechos que pueden no ser válidas; que es inútil y peligroso regular contractualmente un procedimiento judicial.

INTERPRETAR LA VOLUNTAD DEL CLIENTE

El notario, después de escuchar a los clientes se sensibiliza y busca los motivos y causas que han tenido para llevar a cabo una operación, interpretando su voluntad y pretendiendo descubrir sus deseos y el modo de satisfacerlos dentro del ámbito jurídico.⁷

Para sugerir los actos jurídicos correctos, el notario debe conocer las necesidades del cliente e interpretar la voluntad de las partes. En muchos de los casos, el notario buscará un contrato típico y algún texto que ya conozca. A veces se abusa de textos muy complejos que se quieren aplicar a todos los casos. Es importante que este clausulado se revise y adapte al caso concreto. Va contra la honradez y probidad del notario el sugerir al cliente un contrato que no se aplica a su situación concreta. Por ejemplo, en los primeros arrendamientos financieros de inmuebles se usaba el modelo para maquinaria. Algunos contratos de préstamos bancarios complicados no deben aplicarse a préstamos sencillos entre particulares (no se aplica el prime, libor, etcétera).

No faltan los casos de los contratos que llegan ya redactados por despachos de abogados importantes y en los que se pide al notario que sólo lo pase al protocolo o se ratifique ante su fe. El notario tiene obligación de revisar el contrato o el acto jurídico, calificar la legalidad de cada una de sus cláusulas y hacerle saber a los clientes sus observaciones para que, en su caso, se modifique el texto y pueda

⁷ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Ética notarial*, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1990, p. 14.

otorgarse ante notario. Es aquí donde el notario debe demostrar sus conocimientos jurídicos.

CONTRATO TÍPICO Y ATÍPICO

El notario, en la gran mayoría de los casos, redacta contratos y actos jurídicos típicos, pero *¿Debe conocer o estudiar actos atípicos?*

Si el negocio que se plantea es complejo, el notario debe usar su *creatividad* para sugerir un contrato adecuado o los actos jurídicos que resuelvan las necesidades que plantean las partes del negocio.

Los asesores profesionales prefieren a la aventura de lo nuevo y desconocido, el logro del fin deseado mediante inserción de cláusulas, pactos y condiciones que adapten al efecto propuesto una determinada figura de las tipificadas por la ley.⁸

¿Hasta dónde debe ser creativo al notario?

Hasta donde no ponga en peligro la seguridad jurídica.

Me parece buen consejo el que da Vallet de Goytizolo en conferencias, artículos, monografías, el Notario puede sostener su propia opinión; en el despacho conviene que aconseje y que siga la opinión común.⁹

El notario debe conocer aunque no al detalle, sobre contratos atípicos, contratación por medios electrónicos, contratos internacionales, pues es normal que empiecen a llegar a nuestras notarías esta clase de operaciones. Hace algunos años el contrato de arrendamiento financiero era un contrato atípico y hoy, que está regulado, es un contrato que se celebra para inmuebles y que se otorga en escritura pública. Lo mismo sucede con el contrato de factoraje que algunas veces se ratifica ante notario, o al notario le encargan notificaciones relacionadas con dicho contrato.

Hay algunos otros casos que están llegando a las notarías. Por ejemplo, un contrato de suministro o de distribución en el que las partes quieren que se garantice las obligaciones de una de ellas mediante hipoteca. El notario deberá estudiar el contrato atípico de donde deriva la obligación principal para calificarlo de válido y poder así constituir la hipoteca. Algunas veces se le pedirá que ante su

⁸ De Castro y Bravo, Federico, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, núm. 264.

⁹ Citado por Arce y Cervantes, José, *Reflexión sobre el testamento*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XIII, vol. II, Madrid, 1981, p. 541.

fe se ratifique un contrato de franquicia y se determinen las facultades de los representantes de las sociedades.

¿Qué le agrega la intervención del notario a un contrato atípico?

- a) Revisa su legalidad. Esto es la parte más importante de esta intervención notarial.
- b) Analiza la personalidad o representación con que comparecen las partes (las facultades de los comparecientes).
- c) Identifica a las partes firmantes.
- d) El que conste en el protocolo determina una fecha cierta de su otorgamiento.
- e) La escritura es un documento auténtico para efectos de inscripción registral.
- f) El notario conserva el documento, puede reproducirlo al expedir testimonios.

Es probable que el contrato sea válido en su conjunto, pero en el análisis particular de algunas de sus cláusulas, éstas no cumplan con determinadas leyes. Por ejemplo, porque tengan una cláusula penal excesiva, superior a la obligación principal; o porque tengan obligaciones para una de las partes que violen la ley de competencia económica o tengan renunciaciones a derechos que la Ley de Protección al Consumidor señala como irrenunciables. El notario no puede hacer una escritura que contenga esas cláusulas, o ratificar el acto notarialmente, pues es guardián de la legalidad.

En alguna de las recomendaciones y conclusiones de los Congresos de la Unión Internacional del Notariado Latino se ha dicho:

“Que nuestra labor configuradora adquiere una trascendental importancia ante la creciente *atipicidad* y complejidad contractual del mundo moderno. Que el notariado, para hacer frente a esta labor, debe recorrer el camino de una formación cada vez mas profunda a fin de aumentar su capacidad de respuesta ante los nuevos hechos y el nuevo derecho” (*Congreso de Buenos Aires, 1973*).

CONSULTAR AL QUE SABE

No hay que olvidar el consejo de *consultar al que sabe*. El notario que no conoce con detalle cómo resolver algún negocio, cómo redactar una cláusula o las consecuencias de determinado acto jurídico, hace bien en consultar a otro u otros notarios o abogados más experimentados. Así lo enseña Vitoria en sus *Reelecciones de Indios*:

En materia dudosa debe consultarse con aquellos a quienes toca dictaminar sobre el caso; de otro modo no hay seguridad de conciencia, ya sea la duda en materia de suyo lícita, ya ilícita.¹⁰

CONTENIDO DEL CONTRATO

Señala la Declaración de Principios Rectores del Notario del Colegio de Notarios del Distrito Federal (México 1995), como *deber cardinal* del notario: “B) Ser un instrumento de la justicia y procurar en todo momento de tu vida profesional dar a cada uno lo que le corresponde. Sea pues la justicia tu fin, y el Derecho tu herramienta.” El Código de Ética de la Barra de Abogados menciona que: “el abogado debe recordar que su profesión lo obliga, ante todo, a colaborar en la aplicación del derecho y a favorecer el triunfo de la justicia...” (art. 34).

La materia de los contratos cae en el campo de la “*justicia conmutativa*, que exige equivalencia entre la prestación y la contraprestación, y en la que está implícita la idea de igualdad”.¹¹ Esta idea de igualdad está recogida por nuestro Código Civil, que dice: “Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados” (art. 20).

También hay que recordar el concepto de *lesión* que regula nuestro Código Civil, que contiene la idea de igualdad, y que el notario debe cuidar que no exista desproporción entre las prestaciones. Dice el artículo 17: “Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.”

Esto tiene, además, una aplicación práctica, pues para respetar el principio de justicia y el de igualdad, hay que definir *quiénes deben intervenir* en el acto jurídico, es decir, involucrar siempre a todos los interesados, o notificarlos, según el caso; por ejemplo a los copropietarios, usufructuarios, cónyuge en caso de sociedad conyugal, herederos en la venta de un bien de la sucesión, acreedores hipotecarios o prendarios. Nunca desestimar a las personas que tie-

¹⁰ Vitoria, Francisco de, *Reelecciones del Estado, de los indios y del derecho de guerra*, Ed. Porrúa, Colección Sepan Cuantos núm. 261, México, 1974, p. 26.

¹¹ Preciado Hernández, Rafael, *Filosofía del Derecho*, p. 225.

nen algún derecho con respecto a la materia que se está contrahando, pues esto puede ser causa de un importante litigio.

NEGOCIACIÓN DEL CONTRATO

El notario, a diferencia del abogado, tiene el deber de imparcialidad, como señala la LN: “Su imparcialidad y probidad debe extenderse a todos los actos en los que intervenga (art. 3º). Por tanto, no puede tomar partido o ser parcial a favor de alguna de las partes. Hay que recordar que los Principios de UNIDROIT señalan que “Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio” (1.17(1). Y agregan: “Se considera mala fe el entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo” (2.1.5.(3).

Por ejemplo, hay un pacto leonino en aquellas garantías excesivas que se exigen a ciertos deudores, como obligación solidaria de los accionistas, pagarés de la sociedad avalados por accionistas, prenda sobre las acciones de la sociedad, hipoteca sobre la planta industrial, hipoteca sobre la casa de los accionistas, poderes especiales irrevocables, etc. ¿Qué juicio o vía se va a seguir para ejecutar la garantía?

El notario no debe prestarse a ser un medio o instrumento en la negociación. Entre los principios de moralidad se establece que: La persona no debe considerarse nunca como medio sino como fin. El Código de Ética de la Barra señala que: “El abogado debe mantener el honor y la dignidad profesionales;... (art. 2º). Igualmente, el Código Internacional de Deontología Forense¹² dice que: “Un abogado deberá en todo momento mantener el honor y la dignidad de su profesión” (art. 2º). Por ejemplo, hay que cuidar que al notario o al abogado que utilizan para amenazar, que no le echen la culpa al notario, aceptar ser un notario oculto en alguna diligencia o evento, etcétera.

REPRESENTACIÓN

La representación es un aspecto que debe cuidar especialmente un notario, pues de esto puede depender la validez del contrato y el que se eviten litigios. Los notarios somos los encargados de preparar y conocer con detalle la representación, especialmente en el campo del derecho privado. Tiene relación con la seguridad jurídica. El notario debe *revisar las facultades* de quien firmará el instru-

¹² Código elaborado por la International Bar Association.

mento, por ejemplo cuando hay actos patrimoniales, si es suficiente la facultad de administración o es necesaria la de dominio. Algunas veces será recomendable exagerar la representación (el que puede lo más, puede lo menos). Por ejemplo en casos dudosos, se aprueba como acto de la asamblea de accionistas una obligación solidaria o fianza de la sociedad. Es un deber que impone la LN al notario para la elaboración del instrumento público: “Dejará acreditada la personalidad de quien comparezca en representación de otro o en ejercicio de un cargo” (art. 102 fracc. XVI).

Hay que tener presente lo que dice el Código Civil que: “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley” (art. 1801). “Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte (art. 1802).

No olvidar que el mandatario no puede ejecutar actos en su provecho, por sí o interpósita persona (2280 del C.c. y 290 del C. de c.). Que los consejeros y gerentes de sociedades no pueden ser representantes de accionistas en asambleas (192 LSM). De no abusar de la gestión de negocios, que tiene ciertos riesgos y problemas (por ejemplo, si el dueño no ratifica).

REDACCIÓN DEL CONTRATO

El notario ha sido llamado *escribano*, pues su oficio es escribir. “Escribir bien es pensar bien. Las cosas mal escritas a buen seguro que están mal pensadas.” (Sertillanges).¹³ Hay que tener un orden en la redacción del contrato: comparecencia, declaraciones o antecedentes, cláusulas y certificaciones, así como los casos en que deben usarse anexos, enviar documentos al apéndice y distinguir claramente qué corresponde a cada lugar.

Las leyes del notariado tienen unas indicaciones claras de cómo deben redactarse los instrumentos públicos. La LN establece que el notario: “*redactará ordenadamente* las declaraciones de los comparecientes,... consignará el acto en cláusulas redactadas con claridad, concisión y precisión jurídica y de lenguaje, preferentemente sin palabras ni fórmulas inútiles y anticuadas” (art. 102, fracs. XII y XIII).

Con respecto al orden que debe llevar la escritura la citada ley señala:

¹³ Sertillanges, A.D., *La vida intelectual*, p. 100.

a) Expresará en el *proemio* el lugar y fecha en que se asiente la escritura, su nombre y apellidos, el número de la notaría a su cargo, el acto o actos contenidos y el nombre del o de los otorgantes y el de sus representados y demás comparecientes, en su caso (Fracc. I).

b) Consignará los *antecedentes* y certificará haber tenido a la vista los documentos que se le hubieren presentado para la formación de la escritura (fracc. III).

c) Redactará ordenadamente las *declaraciones* de los comparecientes (fracc. XII).

d) Consignará el acto en *cláusulas* redactadas con *claridad, concisión y precisión jurídica* y de lenguaje, preferentemente sin palabras ni fórmulas inútiles o anticuadas (fracc. XIII).

e) *Designará con precisión las cosas* que sean objeto del acto, de tal modo que no puedan confundirse con otras, y si se tratare de bienes inmuebles, determinará su naturaleza, ubicación, colindancias o linderos, y en cuanto fuere posible sus dimensiones y extensión superficial (fracc. XIV).

f) Determinará *las renunciaciones* de derechos que los otorgantes hagan válidamente conforme a su voluntad manifestada o las consecuencias del acto, y de palabra, subrayando su existencia, explicará a los otorgantes el sentido y efectos jurídicos de las mismas (fracc. XV).

Por ejemplo, para el nombre del contrato, esto puede ayudar si podemos encuadrarlo dentro de alguno de los tipos que regula la ley. Si no tiene nombre, porque el contrato no sea un instrumento notarial, evitar darle nombre al contrato y a las partes. Por ejemplo, contrato que celebran Fábricas eléctricas, en adelante Fábricas y Comercializadora del Bajío, en adelante Comercializadora. Este contrato puede ser de agencia, de suministro, de distribución o de consignación o simplemente de compraventa. Evitar llamarlo contrato inominado o atípico que celebran, etcétera.

Establecer *declaraciones importantes*, régimen matrimonial, descripción del bien objeto del contrato (ejemplo acciones), que no tiene gravamen o limitación de dominio, a veces el motivo determinante de la voluntad, por ejemplo, que desea los servicios profesionales porque están respaldados por la tecnología X, para que si hay error en el motivo determinante expresado proceda la nulidad. Que conoce el bien, la maquinaria, el inmueble, la sociedad, la contabilidad, etcétera.

Las *cláusulas* contienen las obligaciones de las partes, los derechos, las prestaciones, las condiciones de lugar y plazo de cumplimiento, las causas de incumplimiento. El notario y el abogado debe evitar cláusulas oscuras, ambiguas, obsoletas, inútiles, inexpresivas, contradictorias o incompletas.

¿Qué significa precisión?

Hay un *lenguaje propio de lo jurídico*. Todos requieren conexión entre el concepto y el vocablo para que sean expresión de nuestro pensamiento. Así como la fórmula matemática nos ahorra la reproducción de complicados procesos de ideas y raciocinios, así el vocablo jurídico nos da la precisión y el concepto auténtico consagrado por los siglos o el acuñado por la época actual como más preciso. Habrá entonces que usar nuestra facultad selectiva para elegir los elementos y términos adecuados.¹⁴

El *exceso de vocablos imprecisos* se traduce en ignorancia y falta de seguridad. Por ejemplo, esos contratos en que se dice que el propietario cede, transmite, enajena, traspasa, entrega todos los derechos reales, personales y posesión de una cosa, a cambio de una cantidad, etc. Hay que utilizar los términos que nos da la ley, vendedor, comprador, arrendamiento, donante, donatario, constituye hipoteca, etc. ¿Hay que preguntarse si se transmitió la *propiedad*, qué era lo que se buscaba?

Las reglas de redacción que establecen las leyes no son privativas de los notarios. Para jueces y litigantes hay reglas similares: el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que en la demanda el actor debe “numerar y narrar los hechos, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión;... (art. 255 fracc. V). Y para los jueces: “todas las resoluciones sean decretos de trámite, autos provisionales, definitivos o preparatorios o sentencias interlocutorias, deben ser claras, precisas y congruentes Las sentencias definitivas también deben ser claras, precisas y congruentes” (art. 81).

El notario y el abogado deben buscar en la redacción: orden, claridad, concisión y precisión. “*Cultivad el arte de omitir, de eliminar, de simplificar*, es el secreto de la fuerza.” (Sertillanges)¹⁵ Cuantos ejemplos existen de documentos mal redactados que dan lugar a litigios: los pagarés de cinco páginas con condiciones y requisitos, las cláusulas arbitrales largas y confusas, etc. Y hay, por otro lado, modelos de precisión y claridad: el señor X se obliga solidariamente respecto de todas las obligaciones de la sociedad Y; el señor X se constituye en fiador de la señora Y.

¹⁴ Arce y Cervantes, *op. cit.*, pp. 544 y 545.

¹⁵ Sertillanges, *op. cit.*, p. 100.

ATENCIÓN PERSONAL

Dice la LN que: “El notario no deberá aceptar más asuntos que aquellos que pueda atender *personalmente* en su función autenticadora (art. 30). Y también, “Son causas de cesación del ejercicio de la función notarial y del cargo de notario: No desempeñar personalmente las funciones que le competen de la manera que esta Ley previene”; (art. 197 fracc. VII) “Se sancionará con suspensión del ejercicio de la función notarial hasta por un año: por no desempeñar personalmente sus funciones de la manera que la presente ley dispone” (art. 228 fracc. V).

La Declaración de Principios Rectores del Colegio de Notarios del D.F., en los deberes del notario consigo mismo dice que el notario: “e) Actuar en forma personal; la función notarial te fue encomendada precisamente a ti, en consecuencia la responsabilidad y la toma de decisiones son sólo tuyas. En lo anterior podrás tener colaboradores, pero no sustitutos ni delegados.” Aunque se usen abogados, pasantes, asistentes, el abogado es el responsable de la lectura final, para darle el “toque” de la experiencia, de haber leído y redactado muchos contratos, de haber participado en negociaciones y litigios.

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

Va contra la honradez y probidad del notario y del abogado, el que un acto jurídico o un contrato lleguen a tribunales por un *problema de interpretación* de cláusulas ambiguas, oscuras, inexpresivas y en general mal redactadas o descuidadas. Dice el Código Civil: “si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas... (art. 1851). “...Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo” (art. 1857).

Es deber del notario el que los términos del contrato sean claros y no dejen dudas.

FORMALIDAD DEL CONTRATO

Hay un principio de libertad de forma, pero hay que pensar en pruebas preconstituidas para asegurar un mejor cumplimiento del contrato. El exceso de formalidad puede darle mayor seguridad al contrato. Por ejemplo, un contrato de arrendamiento, de compraventa

de maquinaria, de compraventa de acciones, que se ratifica ante notario. ¿Qué le agrega la forma notarial? Identificación de las partes, análisis de la representación con que comparecen y una fecha cierta. Testigos ¿en qué casos se requieren?, ¿cuál es su función?

El notario debe *preferir* siempre la *seguridad jurídica* al ahorro fiscal o de otra naturaleza. Si la forma de asegurar el uso y disfrute de un bien inmueble es mediante la constitución de un usufructo y éste causa impuestos y derechos, hay que pagarlos y no buscar soluciones *intermedias y temporales* que sacrifican la seguridad del acto jurídico. Si la garantía es una hipoteca, hay que constituirla ante notario e inscribirla, no insinuarse en el contrato.

CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Es conveniente imaginar cómo se llevará a cabo el cumplimiento. Por ejemplo, un fideicomiso testamentario, un fideicomiso complicado, quién lo va a constituir, con qué facultades, quién será el fiduciario, quiénes deben otorgar su consentimiento, notificaciones, garantías, comisiones, costos, impuestos, derechos y trámites que involucra, juicios, procedimientos judicial, etcétera.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En la negociación y redacción de contratos con cierta complejidad hay que considerar los medios de solución: judicial o extrajudicial, qué leyes le serán aplicables (mexicanas, extranjeras, Principios de Unidroit), la conveniencia de procedimientos de mediación, de arbitraje (o *ad-hoc* o institucional y qué institución administradora de arbitraje conviene a ese contrato y a las partes).

SECRETO PROFESIONAL

En esta materia, como en toda actividad del notario hay que recordar que las leyes del notariado nos obligan a *guardar secreto*. Dice la LN “Cada Notario en su ejercicio deberá guardar el secreto profesional respecto de los asuntos que se le encomienden y estará sujeto a las penas que respecto al secreto profesional prevé el Código Penal” (art. 252). “Se sancionará con suspensión del ejercicio de la función notarial hasta por un año por revelar injustificada y dolosamente datos sobre los cuales deba guardar secreto profesional,

cuando por ello se cause directamente daños o perjuicios al ofendido” (art. 228, fracc. II).

Por su parte la Declaración de Principios Rectores del Colegio de Notarios del D.F. establece como deber general del notario: “F) Ser prudente, discreto y reservado, además de tu obligación de secreto profesional, tu prudencia, discreción y reserva comprenderán todo lo que en el ejercicio de tu profesión percibas; el respeto a tu profesión conlleva el guardar información confiada por tus clientes, su divulgación por descuido, para ufanarte o para hacer escarnio, te envilece y te hace indigno de la función que desarrollas.” El Código de Ética de la Barra establece que: “guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho del abogado... (art. 10).

ALGUNAS CONCLUSIONES

¿Qué debe saber el notario sobre contratos y actos jurídicos?

Desde luego lo que regula la ley, la teoría de las obligaciones y de los contratos en general y, en particular las normas y principios de cada uno de los actos jurídicos más usuales en la notaría, pues la gran mayoría de las escrituras que otorga un notario contiene un contrato o un acto jurídico *típico*: una compraventa, un poder, un testamento, una constitución de sociedad, un mutuo, una hipoteca.

¿Qué debe saber redactar con claridad y precisión el notario?

En el 90% de los casos el notario utilizará textos muy elaborados, muy probados que conoce y que han funcionado para operaciones normales.

Sin embargo, hay un 10% de escrituras que requieren la especial intervención del notario para la preparación de algunas declaraciones o cláusulas que resultan importantes y quizá esenciales para ese negocio particular. Estas son, a manera de ejemplo:

a) En los *testamentos*, algunas sustituciones de herederos y legatarios complejas, disposiciones sujetas a condición, los legados, las cargas, los fideicomisos testamentarios.

b) En los *poderes*, la redacción de las limitaciones para el ejercicio, como son los poderes que deben ejercerse conjuntamente respecto a ciertas facultades, las que tienen una firma A y una B, las limitaciones de los poderes especiales, los generales limitados, recordar que los irrevocables sólo son poderes especiales y que conviene analizar

si deben o no otorgarse por los peligros que entraña (muerte del poderdante, mal uso del poder).

c) En *compraventas*: la cláusula de compraventa *ad-corpus*, la compraventa con reserva de dominio, las compraventas en abonos.

d) En *mutuos e hipotecas* hay que entender cuál es la cantidad mutuada, cómo se calculan los intereses, los plazos y lugares de pago, las causas de incumplimiento anticipado.

e) En *sociedades*, cláusulas para protección de derechos de minorías, convocatorias, *quorums* de asambleas, asuntos de asamblea extraordinaria, funcionamiento del consejo, acciones de circulación restringida, derecho de preferencia en venta de acciones.

f) Las *notificaciones y fes de hechos*, siempre requieren una cuidadosa y particular redacción del propio notario, pues en casi todos los casos, esos instrumentos irán a un litigio judicial.

Concluyo con la frase con que inicié la plática: “El notario moderno es el heredero más directo del jurista romano. Su labor no es la de un abogado, que interviene principalmente en el momento en que va a plantearse un litigio, sino la del consejero de las familias y el *modelador de los negocios jurídicos*.”

¿En nuestra diaria función como notarios, estamos preparados para ser guardianes de la seguridad jurídica y modeladores de negocios jurídicos?