

La responsabilidad del Notario

JOEL CHIRINO CASTILLO *

ANTECEDENTES DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

El Notario moderno tiene su origen en la Edad Media al haberse organizado la actuación del Notariado tanto en la jurisdicción laica como en la eclesiástica, por cuya intervención notarial se daba autenticidad a todos los convenios celebrados entre los particulares cuando éstos requerían de un reconocimiento jurídico. Se dice que el antecedente de la redacción de todos esos convenios tenía su origen en la tradición romana de la *confessio in iure*; en estas circunstancias, los Notarios estaban asignados a un juez lo que significaba que toda actuación notarial debería realizarse en presencia judicial aunque el Notario actuaba a nombre propio y no a nombre del juez. Es en esta época donde se ponen en práctica las fórmulas de redacción, que actualmente se consideran fórmulas anticuadas y repetitivas. El Notariado moderno se originó en una rama del poder judicial al ser asignado éste ante un juez, con el tiempo se separó de éste pero aún conserva su esencia al ser considerado como auxiliar de la justicia. De ahí que las funciones del Notario tienen como fin dar autenticidad o determinar la certeza de actos o de hechos jurídicos, lo que justifica la intervención del Notario en actos trascendentes como son los relativos a la jurisdicción voluntaria regulada por los Códigos de Procedimientos Civiles, y en la actualidad por algunas leyes notariales.

La concurrencia de un sinnúmero de especialidades de Notarios degeneró en una dudosa actuación causando la supresión de todos los Notarios que existían por especialidad, con el fin de unificar la función y establecer las bases y antecedentes de la función pública del Notariado de la actualidad. Estos principios esenciales quedan contenidos en la redacción de los instrumentos notariales y la custodia de los protocolos, así como el acceso al notariado por profesionales del derecho, y desde luego la vigilancia de la autoridad pública a esta función. Pero desde luego, la más trascendente e importante de esta función, es la redacción y conservación de los documentos que a solicitud de los particulares se llevan a cabo

* Notario número 90 del Distrito Federal.

para dar autenticidad y certeza jurídica, así como la fecha de su otorgamiento a esos actos o hechos jurídicos. Hoy en día los notarios no han quedado como redactores de instrumentos notariales sino que por su esencia se han convertido en consejeros jurídicos de quienes solicitan su servicio; por esta razón la actividad profesional es dirigida por las normas jurídicas estableciendo reglas de oposición de intereses, pero desde luego, por esta normatividad se produce la confiabilidad a la fe pública notarial.

Los Notarios tienen bajo su responsabilidad dar autenticidad a los actos celebrados entre los particulares equivalentes a una homologación judicial de un convenio entre particulares, pero cuando se trata de actos jurídicos que requieren además de la autenticidad también la publicidad, la importancia del Notariado resulta con mayor trascendencia, especialmente en materia inmobiliaria, para cumplir con los principios registrales de legalidad requeridos por la autoridad administrativa registral. La experiencia de los Notarios en esta función garantiza el análisis cuidadoso de los antecedentes de propiedad para la redacción del instrumento notarial en el que se hace constar la constitución o la transmisión de derechos reales o personales, aunado a que el testimonio notarial ya registrado constituye el título de propiedad o el título de ejecución para el cumplimiento de las obligaciones.

La organización notarial actual reglamenta una competencia territorial para actuar dentro de esa jurisdicción aunque los efectos jurídicos se produzcan en lugar distinto. Este principio ha dejado de ser radical en virtud de que en algunos casos los Notarios no deben actuar en una circunscripción territorial determinada dentro de una entidad federativa sino que deben ejercer sus funciones donde más se requiera de este servicio, de ahí, que en algunos casos el Notario solamente queda obligado a establecer el domicilio propio de la Notaría con su aviso correspondiente, pero en otra situación, la autoridad administrativa determina la ubicación del domicilio de la Notaría para el ejercicio de esta función.

El Notario se ha convertido también en un auxiliar de la función administrativa fiscal del Estado al imponerle la obligación de calcular y enterar los impuestos y el pago de los derechos que se causen en un acto jurídico que se otorga ante su fe, por lo que en algunos casos se ha considerado al Notario como funcionario público y en otras únicamente como fedatario, aunque su función está vinculada a la colaboración de la recaudación fiscal.

CONCEPTO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES NOTARIALES

El anterior análisis de la función notarial concurre con la intervención del Notario en su relación con los particulares. En estas condiciones, el Notario, a

solicitud de los particulares, presta un servicio que consiste en la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales. Este contrato, a diferencia de otros contratos de servicios profesionales, está sujeto a un dirigismo contractual por la Ley del Notariado y por las normas concurrentes que regulan los servicios profesionales y los efectos de éste. En el caso, el Notario celebra con el particular un contrato de prestación de servicios profesionales cuyo concepto jurídico es el siguiente:

...el contrato en el que una persona denominada Notario se obliga hacia el particular a prestarle un servicio de carácter intelectual, material o de ambos géneros, derivado de una profesión organizada y dirigida por una ley específica mediante una retribución económica arancelaria.

Este concepto implica que el servicio profesional debe ser prestado por un Notario en ejercicio, autorizado por la autoridad pública una vez que ha reunido los requisitos establecidos en la ley especializada y que tenga la autorización expresa para el ejercicio de sus funciones, teniendo en contraprestación los honorarios establecidos en los aranceles respectivos.

Los honorarios que percibe el Notario se rigen por un arancel aprobado por la autoridad administrativa, por lo que en el ejercicio profesional del notariado no hay libertad para convenir la cantidad de los honorarios que no sea la que establece el arancel respectivo. Es de los pocos casos en el derecho positivo mexicano en que la regulación de los honorarios de los profesionistas queda circunscrita a un arancel, pues en casi en todas las profesiones autorizadas el monto de los honorarios se acuerda por las partes contratantes y sólo cuando se omite el convenio respectivo se puede recurrir a reglas supletorias establecidas en el Código Civil o en la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común para el ejercicio de la abogacía.

NORMAS JURÍDICAS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO NOTARIAL

La prestación del servicio notarial se rige en principio por la Ley del Notariado de la entidad federativa que corresponda concurrente con las reglas establecidas en las distintas leyes de carácter local o federal; así, además de las obligaciones que impone la Ley del Notariado, el Notario está obligado a prestar el servicio en forma personal, con la diligencia debida, y lo más importante, con la pericia requerida, tanto en su carácter de jurista como en su carácter de Notario, por lo

que el desconocimiento teórico o práctico de la función del Notario así como por su carácter de jurista lo hace responsable de los daños y perjuicios que ocasione, ya que la pericia y su conocimiento no se presumen por el hecho de tener un título, una patente o un fiat para el ejercicio notarial, ya que esta pericia y conocimientos deben acreditarse en la redacción y consecuencias jurídicas de los instrumentos notariales. Esta obligación imperativa motiva que su incumplimiento no solamente se traduzca a una responsabilidad contractual sino también a una posible responsabilidad delictual; ya que esta responsabilidad no sólo resulta por el daño causado al particular que solicita el servicio, sino que éste sea el resultado de una notoria impericia o imprudencia pues el Notario debe actuar con su saber derivado de la profesión que ejerce, así como la prudencia que corresponde al ejercicio de todo profesionista.

En el sistema jurídico mexicano no existen reglas respecto de la prudencia profesional por lo que será necesario que ésta se califique por la autoridad judicial en los términos de la ley de profesiones respectiva.

Dentro de las obligaciones del Notario reglamentadas por la Ley del Notariado es menester analizar las obligaciones previas al inicio de la función y las que corresponden a la función propiamente dicha.

Una vez que el profesionista en derecho ha obtenido la patente o fiat para el ejercicio de la función notarial deberá protestar el cumplimiento de las obligaciones que le imponen guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que emanen de ella, proveerse del protocolo y sello y los registros del sello y su firma; establecer sus oficinas independientes y hacer el aviso de inicio de funciones, así como otorgar la garantía que corresponda por esa función pública que garantice al particular y al fisco las posibles responsabilidades que se deriven de su actuación.

Las obligaciones propias de la función del Notario quedan sujetas a las reglas sobre la custodia y conservación del protocolo, así como la integración de sus apéndices.

El Notario tiene la obligación de la formalidad para asentar las escrituras o las actas mediante procedimientos de escritura o impresión legibles e indelebles, así como determinar los espacios que se requieran para las notas marginales o complementarias, la numeración progresiva de los instrumentos y sus apéndices.

CONTENIDO FORMAL DE LOS INSTRUMENTOS NOTARIALES

El contenido gramatical de los instrumentos notariales deberán hacerse constar con letra clara y sin abreviaturas, salvo los casos en que la ley permita la transcrip-

ción o reproducción, no usar guarismos a menos que se expresen también con letra, ni dejar espacios o intervalos en los textos, sin palabras enmendadas ni entrelineadas. En caso de adiciones o correcciones, las palabras deberán ser testadas, reproducidas y salvadas, deberán redactarse los instrumentos notariales en idioma español, cuyo antecedente se encuentra en el Derecho francés, que estableció la regla de que los Notarios deberían redactar sus instrumentos en idioma nacional en sustitución del latín que era el que se acostumbraba.

En el instrumento notarial debe expresarse el lugar y fecha en que se asienta la escritura, el nombre del Notario con sus apellidos, así como el número de la Notaría a su cargo, el contenido de los actos o hechos jurídicos que se van a hacer constar en el instrumento, así como el nombre de los otorgantes o de sus representantes y los demás comparecientes que se requieran según el caso. Cuando el acto jurídico requiera de precisión en tiempo deberá asentarse la hora en que se inicia y se concluye, finalmente, el instrumento debe ser firmado por las partes y demás comparecientes y por el Notario, haciendo constar su previa lectura y determinación del alcance jurídico y la certificación por parte del Notario de la identidad de los que intervienen en el instrumento notarial, dando fe de la autenticidad del contenido y las firmas y la de hacer constar cuando alguno de los comparecientes u otorgantes no saben o no pueden firmar; las firmas del instrumento notarial pueden obtenerse en forma instantánea o sucesivas cuando así lo permita la naturaleza del acto jurídico.

Las copias de las escrituras o actas que el Notario debe expedir para los interesados se denominan testimonios y puede expedir el número que de ellos se soliciten, debiendo asentar el número ordinal que le corresponda. Cuando la ley señale expresamente que el primer testimonio tenga el carácter de título ejecutivo en contra de su deudor, esta circunstancia deberá hacerse constar en el texto de la expedición. El Notario debe expedir únicamente un primer testimonio y deberá ser entregado al que tiene la calidad de acreedor cuando el primer testimonio traiga aparejada la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones, así también, cuando este testimonio tenga el carácter de título de propiedad en cuyo caso se expedirá para el adquirente; no así los posteriores que se deben expedirse en favor de cualquier interesado que lo solicite.

Reunidos los requisitos que debe tener un testimonio tienen la presunción de autenticidad y de documental pública, haciendo prueba plena, aunque la autenticidad puede ser objetada ante los tribunales.

CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS DEL INSTRUMENTO NOTARIAL

La esencia del instrumento notarial consiste en la precisión jurídica que emplea el Notario para redactar sus instrumentos; tratándose de un contrato, el Notario deberá tener en consideración las cláusulas que conforman un acto de esta naturaleza que se constituyen por tres especies: Cláusulas Esenciales, Cláusulas Naturales y Cláusulas Accidentales.

A) *Cláusulas esenciales*. Las cláusulas esenciales o de definición, identifican la naturaleza del acto jurídico de que se trata, esta cláusula debe ser coincidente con la enunciación del acto jurídico, por ejemplo, si se enuncia un contrato de compraventa en la cláusula esencial el enajenante deberá transmitir el dominio de un bien o de un derecho al adquirente, quien se obligará al pago de un precio cierto y en dinero, así, el contenido de la cláusula esencial prevalece sobre la denominación errónea del contrato. En la hipótesis si en la cláusula esencial no se hace constar que se transmite el dominio de un bien o de un derecho sino únicamente el uso, aunque se enuncie como un contrato de compraventa, la cláusula esencial describe un contrato de distinta naturaleza que podría ser arrendamiento o comodato pero no de compraventa. Es importante señalar que las cláusulas esenciales tengan una precisión técnico jurídica que describa la naturaleza de ese acto, para evitar en lo posible todos los problemas de interpretación contractual, por lo que debe precisarse el concurso de voluntades y su manifestación exterior así como la determinación del objeto indirecto del contrato.

B) *Cláusulas naturales*. Las cláusulas naturales son aquellas que se tienen por puestas aunque no se expresen, es decir, son consecuencia natural de las cláusulas esenciales, así, en un contrato onerosos traslativo de dominio el saneamiento para el caso de evicción o para vicios ocultos, se tienen por puestas aunque no se expresen.

C) *Cláusulas accidentales*. Las cláusulas accidentales son las modalidades convenidas entre las partes para dar cumplimiento de las obligaciones pactadas siempre dentro de los límites de la ley. Estas modalidades quedan limitadas al principio jurídico de que la voluntad de los particulares no pueden eximir de la observancia de la ley ni alterarla o modificarla, y sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público y cuando además la renuncia no perjudique derechos de terceros, como lo señalan las reglas generales de los Códigos Civiles. Las cláusulas accidentales contradictorias a este presupuesto jurídico se tienen por no puestas o pueden producir la nulidad de la cláusula sin afectar con ello las cláusulas esenciales y naturales.

En estas circunstancias el Notario tiene el imperativo de tener una preparación excelente de conocimientos jurídicos para redactar con precisión el contenido de las cláusulas esenciales y la viabilidad de las cláusulas accidentales, de tal manera que cuando la cláusula accidental pueda ser motivo de una nulidad o de una ineficacia jurídica el Notario debe orientar al particular solicitante del servicio de la improcedencia de sus intenciones para evitar cualquier conflicto de responsabilidad en contra del propio Notario, y abstenerse de su redacción.

En la redacción de los contratos el Notario debe considerar que en todo acto de esta naturaleza convergen requisitos de existencia y de validez.

Deberá hacer constar bajo su fe el concurso de voluntades manifestado en forma exterior que constituye el consentimiento y la determinación del objeto lícito y posible; la omisión de estos elementos de existencia o de validez afectan la eficacia del contrato ya sea con la inexistencia, la nulidad absoluta o la nulidad relativa.

Con relación a los elementos de validez, el Notario deberá considerar la capacidad de las partes, tanto la de goce como la de ejercicio, la ausencia de vicios de la voluntad, así como el objeto fin o motivo determinante de la voluntad lícitos, en especial cuando por la naturaleza del acto jurídico debe constar en el capítulo de antecedentes o declaraciones la expresión de la causa que motiva el contrato y desde luego, la formalidad establecida por la ley o convenida por los particulares. Esta formalidad quedará circunscrita a las obligaciones que se imponen al Notario para la redacción de los instrumentos en las que se reúnan todos los requisitos de fechas, tiempo, nombre de los otorgantes, denominación de los sujetos, la denominación de la naturaleza del acto jurídico, la representación en caso de que exista, la descripción y la naturaleza del acto jurídico, así como las certificaciones que deba hacer el Notario y la obtención de la firma de los otorgantes y comparecientes y la propia firma del Notario, dando autenticidad con ella al instrumento respectivo con las fechas de cierre y autorizaciones, tanto preventivas como definitivas en su caso.

Dado que el derecho no queda sujeto a prueba el Notario no deberá invocar el contenido ni el numeral de los artículos respectivos, sólo por excepción y con el fin de acentuar las obligaciones de los contratantes o cuando la ley lo exija.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS NOTARIOS

La responsabilidad individual de los Notarios puede ser de carácter contractual o delictual. En ambos casos la responsabilidad contractual o extracontractual también denominada delictuosa tiene como consecuencia la obligación de reparar

los daños y perjuicios causados. En el primer caso, la responsabilidad proviene del incumplimiento de la prestación del servicio profesional, siempre que ésta sea imputable al Notario y no exista la excepción de contrato no cumplido o de alguna excluyente de responsabilidad. La responsabilidad delictuosa o ilícita es la consecuencia de la violación a una obligación legal preexistente o de una norma legal en particular, en uno o en otro caso se puede dar también la concurrencia de ambos tipos de responsabilidad o puede darse una u otra, es decir, que en materia de responsabilidad se debe analizar por una parte la unidad del hecho generador o la dualidad de la responsabilidad en una posible concurrencia, lo que motivaría, la acumulación de acciones de responsabilidad en contra del Notario.

En el supuesto de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones del Notario en el ejercicio de su función, el incumplimiento tiene como consecuencia la obligación de reparar los daños y perjuicios. Este incumplimiento de las obligaciones puede darse por la ineficiencia técnico jurídica, negligencia o impericia o por sus consecuencias de interpretación cuando la redacción sea defectuosa y cuando alguna de las partes se negara a dar cumplimiento a las obligaciones pactadas.

El Notario que no cumple con las disposiciones normativas de su función establecidas en la Ley del Notariado y en las leyes concurrentes incurre en culpa por violación a las normas jurídicas que le imponen una conducta a seguir y se convierte ésta en una responsabilidad de reparar los daños y perjuicios que se causen.

La culpa contractual sólo puede plantearse ante los Tribunales cuando el particular acredita que el Notario no dio cumplimiento a sus obligaciones impuestas por la ley. La culpa contractual del Notario no puede basarse en presunciones por parte del juez, debe acreditarse con prueba idónea mediante el dictamen del Colegio respectivo que analice el incumplimiento profesional de las obligaciones debiendo no solamente probar el incumplimiento sino la imputabilidad de la culpa; de ahí que sea imperativo distinguir los supuestos de la responsabilidad contractual y la extracontractual, en la primera, es necesario probar la culpa del Notario y en la segunda simplemente la transgresión a la obligación preexistente o a la norma jurídica: Actualmente el derecho positivo mexicano ha abandonado la calificación de los grados de culpa basada en los principios de negligencia del deudor graduada en culpa grave, leve y levísima, dando un tratamiento genérico a la responsabilidad por culpa sin considerar la gravedad de ésta, misma que impone la obligación de la reparación de los daños y perjuicios, siempre y cuando no sea motivo de causa ajena imputable al Notario o de cualesquier excluyente de responsabilidad.

La responsabilidad del Notario en el ejercicio de su función puede quedar circunscrita de la manera siguiente:

a) Responsabilidad de las obligaciones que le impone la autoridad gubernamental, a través de la ley, cuando el acto o el hecho jurídico que se otorga ante la fe de un Notario Público requiere de requisitos fiscales y administrativos.

b) Responsabilidad de las obligaciones profesionales del Notario en su función pública que realicen en favor de los particulares.

c) Responsabilidad del Notario contenida en la Ley del Notariado.

a.1. Hay actos jurídicos que para su formalidad requieren de una serie de requisitos fiscales y administrativos, en este supuesto, corresponde al Notario calificar y dar cumplimiento a ellos como pueden ser el cálculo y entero de los impuestos, permisos y autorizaciones. Todas estas obligaciones se regulan en diferentes normas jurídicas de carácter fiscal o administrativo, en esta hipótesis, el incumplimiento de ellas hará responsable al Notario de una responsabilidad administrativa o económico fiscal, cuando la propia ley impone la responsable solidaria del Notario con los causantes directos de la tributación fiscal por omisión en el pago de los impuestos.

b.1. La responsabilidad profesional contractual es efecto de la falta personal del Notario por no actuar con los conocimientos esenciales de la profesión que le imponen la obligación de la pericia y plenitud de los conocimientos en las distintas ramas del derecho, en esta situación la falta se da por omisión ante el desconocimiento de la doctrina y las normas jurídicas. Es importante destacar que el Notario no debe hacer una interpretación errónea de la norma o protocolizar o hacer constar un acto o un hecho notoriamente contrario a la ley, en este supuesto, la culpa sería por falta intencional, considerando esta conducta como deliberadamente riesgosa a la certeza jurídica a que está obligado, así también, el incumplimiento de estas obligaciones puede traer como consecuencia una falta concurrente por culpa de otro, al determinar que el Notario es responsable solidario con el causante de la tributación fiscal cuando el Notario ante la omisión del pago autoriza definitivamente el instrumento notarial.

c.1. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley del Notariado que regula la organización de la función notarial y la función específica de cada Notario, tanto antes de iniciar sus funciones como una vez iniciadas éstas, que impone el imperativo de cumplir con todos los presupuestos formales y de procedencia para la redacción y autorización de los instrumentos notariales.

ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

La acción de responsabilidad debe iniciarse ante el poder judicial y nunca ante la autoridad administrativa. El poder judicial es la única autoridad competente para determinar la culpa y consecuentemente la responsabilidad imputable al Notario para reparar los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su función.

La autoridad administrativa podrá sancionar la inobservancia de la ley notarial pero no puede fincar responsabilidad alguna al Notario para reparar daños y perjuicios. La responsabilidad profesional debe ser impulsada por acción del particular y nunca por ministerio de ley. Por otra parte, la responsabilidad del Notario también estará sujeta a las reglas de la prescripción de las acciones civiles, así como de las acciones de la autoridad fiscal o administrativa.

La acción de responsabilidad por falta o culpa del Notario en la prestación del servicio profesional sólo es procedente cuando se acredita mediante prueba idónea, no siendo aceptable el principio de presunción de culpa en contra del Notario dada la especialidad de la función y el dirigismo contractual del servicio profesional establecido en la Ley del Notariado. Consecuentemente para determinar la responsabilidad del Notario se requiere prueba idónea consistente en el dictamen del Colegio respectivo que razone la falta y acredite la culpa.

Fincada la responsabilidad y cuantificados los daños y perjuicios tanto por la falta del Notario en lo particular como por culpa de otro cuando esta responsabilidad es solidaria; en ambos casos, el Notario, en su carácter de deudor, tendrá la obligación de reparar el total de los daños y perjuicios causados; para este efecto, se agotará en primer orden la garantía otorgada por el Notario para garantizar la actividad de su función y subsidiariamente alcanzará el patrimonio propio del Notario. El objeto de la garantía establecida en la ley se otorga con el fin de garantizar la responsabilidad civil del ejercicio profesional, ya sea que ésta se haya otorgado en forma individual o en forma colectiva, es decir, cuando el Colegio de Notarios como asociación colegiada garantice la responsabilidad por los daños causados por un Notario en lo individual, aunque en uno y en otro caso siempre se tiene el derecho de repetición para reembolsar el pago de la reparación hecha por quien otorgó la garantía para los riesgos del servicio profesional.

Finalmente la responsabilidad administrativa del Notario por violación a las obligaciones establecidas en la propia Ley del Notariado, independientemente de la responsabilidad civil, se sancionará en los términos que establezcan las leyes respectivas, que van desde la amonestación hasta la cancelación de la patente o el fiat de la función notarial.

De lo anterior, resulta notoria la importancia de la función notarial con relación a la certeza jurídica de los actos que pasan ante su fe y que se distinguen de la responsabilidad de otras funciones afines como son las de la administración de justicia en que hay instancias que enmiendan o restituyen los derechos conculcados a diferencia de la función notarial en que el Notario no tiene segunda instancia que corrija sus deficiencias o el incumplimiento de sus obligaciones, ya que dadas éstas, se transforman en responsabilidad civil, fiscal o administrativa, por lo que la propia naturaleza de la función notarial exige en su práctica preparación de excelencia en el derecho, prudencia y disciplina personal para prestar la tan importante función pública del Notariado.