



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGÓN

**EL CONTRATO PRIVADO SU
PROTOCOLIZACIÓN FIGURA
INOPERANTE**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

RICARDO JIMENEZ NAVA



ENEP
ARAGÓN

San Juan de Aragón, Neza. México

1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

EL CONTRATO PRIVADO SU PROTOCOLIZACION FIGURA INOPERANTE

| | INDICE | Pag. |
|--------------|---------------------------------------|------|
| Introducción | | I. |
| | CAPITULO I | |
| | EL NOTARIO PUBLICO. | |
| A.- | LA FE PUBLICA | 1. |
| 1.- | NOTARIAL | 1. |
| 2.- | EXTRANOTARIAL | 13. |
| B.- | REQUISITOS PARA SER NOTARIO | 18. |
| 3.- | FISICOS | 18. |
| 4.- | INTELECTUALES | 22. |
| | CAPITULO II | |
| | EL PROTOCOLO | |
| A.- | EL PROTOCOLO EN ESTRICTO SENTIDO | 25. |
| B.- | EL APENDICE | 32. |
| C.- | EL INDICE | 34. |
| D.- | EL ARCHIVO | 36. |
| 1.- | PREVIO A LA FIRMA | 36. |
| 2.- | POSTERIOR A LA FIRMA | 39. |
| | CAPITULO III | |
| | CONTRATO CIVIL | |
| A.- | ANTECEDENTE | 42. |
| B.- | ELEMENTOS ESENCIALES | 49. |
| C.- | ELEMENTOS DE VALIDEZ | 56. |
| D.- | SU PROTOCOLIZACION | 62. |
| | CAPITULO IV | |
| | PROTOCOLIZACION DEL CONTRATO PRIVADO. | |
| A.- | REQUISITOS | 73. |
| 1.- | INTERNOS | 73. |
| 2.- | EXTERNOS | 75. |
| B.- | EFFECTOS | 79. |
| 1.- | LEGALES | 79. |
| 2.- | FISCALES | 84. |
| 3.- | PSICOLOGICOS | 88. |
| C.- | SU INOPERANCIA | 89. |
| CONCLUSIONES | | 91. |
| BIBLIOGRAFIA | | 95. |

INTRODUCCION.

En la práctica cotidiana del Derecho Notarial hemos observado cuan importante es determinar la naturaleza y alcances jurídicos del instrumento público el cuál a través de sus dos modalidades el acta, y la escritura pública otorgan seguridad jurídica que esta función implica.

Sin embargo es importante el recalcar que en nuestro tema de estudio "El contrato privado su protocolización figura inoperante" pretendemos hacer el analisis de esta figura a fin de que sea excluida de la función notarial, la cuál constituye única y exclusivamente un paliativo que en nada transforma la naturaleza jurídica del contrato privado y única y exclusivamente constituye un medio de tener en depósito el documento privado otorgandole una matriz, en la cuál pueda ser cotejado y que conceda seguridad de su existencia historica.

II

El analizar esta figura implica el tener que determinar las consecuencias jurídicas fiscales y psicológicas que al solicitante le han de repetir, pero sin embargo es importante señalar que contrariamente a otras legislaciones, la nuestra no contempla en la protocolización del contrato privado una convalidación a las deficiencias de forma que afectan al contrato privado el que a final de cuentas aún sin ser protocolizado constituye el documento base de la acción para llevar a cabo por la vía judicial la ejecución forzosa, para así lograr el otorgamiento del instrumento público por las partes y en actitud rebelde del demandado por el juez competente, haciendo por tanto innecesaria e inoperante la protocolización del contrato privado.

CAPITULO I

EL NOTARIO PUBLICO

A. - LA FE PUBLICA

1. - NOTARIAL. - La fé pública notarial hemos de considerarla como una institución de derecho en la cual todos los Ciudadados que formamos parte de una Estado, estamos obligados a tener que considerar como auténticas las aseveraciones que el Notario Público haga dentro de su campo de acción, que es el instrumento público, toda vez que los hechos o actos en el contenido, es decir dentro de el instrumento público, se han de considerar como ciertos mientras no se tenga prueba en contrario.

Por otro lado Francisco Martínez Segovia (1), la define así.

"Es la autoridad que la Ley acuerda al Notario

(1) Martínez Segovia, Francisco. Función Notarial Ediciones Jurídicas Euro-América. Buenos Aires 1961 Pag. 22.

para dar valor jurídico al todo ó parte del documento notarial y de su contenido negocial o de hecho entre partes y con respecto a terceros, autoridad de plena fé que solo puede ser vencida por querrela de falsedad".(2)

Pero para poder iniciar el estudio de lo que es la fé pública notarial hemos de analizar cuales son sus orígenes, y así poder establecer con claridad para su mejor comprensión, cual a sido la evolución de la Institución del Notariado, y poder comprender mejor el día de hoy cual es su objetivo y función

Antes de entrar en materia de la evolución del Notariado, es necesario mencionar que como hoy conocemos al Notario Público no se ha dado en ningún momento histórico otra personalidad semejante a la que hoy tiene este funcionario.

Uno de los primeros antecesores de lo que es hoy el Notario Público lo encontramos en el escriba de el pueblo Hebreo de los cuales habia varios tipos, escribas de la Ley, del pueblo, del estado y del rey, sin embargo no considero que estos escribanos, fueran propiamente antecesores del

(2) Ley del Notariado para el Distrito Federal. Artículo 61.

Notario Público de hoy, puesto que estos unicamente actuaban como amanuenses ya, que la autenticación de el documento corria a cargo de un funcionario del estado o bien de la religión pues hemos de tener en cuenta que el pueblo hebreo es eminentemente religioso, y muchos de sus actos cotidianos están regidos por los aspectos relacionados al culto religioso.

Por otra parte en el antiguo Egipto y en forma paralela a lo que se daba con el pueblo hebreo encontramos aunque en forma binaria, por recaer en dos personas, una figura más parecida de lo que es hoy el Notariado, pues en Egipto nos encontramos con que los actos o contratos eran redactados por escribanos y autenticados por funcionarios del faraón, pero estos se plasmaban en papiros, muchos más similares a papel del protocolo del día de hoy, que las tablas romanas enceradas ó bien que con las tablillas de barro de Sumeria y Babilonia, así de igual manera encontramos en el momento de terminar la inscripción de el instrumento plasmaban en él una leyenda, una formula que en ese tiempo salvara al instrumento de tachaduras, raspaduras o enmendaduras, muy parecido a lo que contempla la Ley del Notariado,(3) el día de hoy, conjuntamente a la firma de el

(3) Ley del Notariado para el Distrito Federal. Artículo 61.

faraón, este estampaba su sello para darle plena autenticidad a este instrumento, con esto nos damos cuenta que reúne esta etapa un parecido, muy semejante a lo que es la función Notarial hoy en día puesto que nos encontramos con papel, sello, firma del funcionario (aunque está en forma binaria) y el hecho de que se salvara el instrumento público.

También en una última etapa de el imperio Egipcio nos encontramos con que para reforzar la autenticidad de los instrumentos levantados se formaron archivos donde se registraban los actos o contratos de manera que se pudiera cotejar en todo momento un documento con su matriz original y así verificar si había sufrido alguna alteración.

Continuando con el orden cronológico encontramos que en el Imperio Romano por primera vez se da que en el escriba se haya concentrada la Fé Pública pues el tabularius al ser un funcionario encargado de el levantamiento de los censos podemos discernir que por ser de interés especial para el Estado Romano el levantamiento de censos para poder así determinar los ingresos públicos por concepto de impuestos que el imperio debería acercarse para su sostenimiento encontramos que en la figura de este personaje recae por primera vez en una sola persona la responsabilidad de escribir, es decir redactar los instrumentos y darle la Fé Pública, dentro de la época Romana hallamos diversos funcionarios, los que ejercen esta función pero es necesario

hacer mención que si bien redactaban y conservaban documentos, contratos, estos no estaban investidos de la Fé Pública que era investidura unicamente de el tabularius, aunque propiamente lo que hoy tenemos en concepto de lo que es la Fé Pública se daba unicamente en los jueces quienes eran los únicos capaces de dar fuerza probatoria a los instrumentos, y que eran parte integrante de el estado romano,(4) y que en forma simultánea fuera un Profesional del Derecho, es decir persona conocedora de las Leyes y que además tuviera reconocida fama de honradez y jurisconsultoria, pues sabemos que conocer de derecho nos amplía un criterio en cuanto a lo que es la Ley, pero esto dista bastantemente de la facultad de jurisconsultoria, o la capacidad de decir el Derecho con autoridad o sea con conocimiento pleno de la materia, ya que al decir "Con Autoridad", nos queremos acercar al concepto de autoridad emanada de la experiencia y lo que es el absoluto dominio de el derecho, es decir la Ley en general dentro de sus muy amplias ramas, y no estamos evocando propiamente el concepto de autoridad emanada de el estado, aunque paralelamente el Notario Público se encuentra hoy investido de esta facultad que se le confiere a manera de concesión administrativa en el Organigrama de la Administración Pública, y que por tanto de

(4) Loc. Citp 3 Art. 3.

ser un Profesional del Derecho, es decir en su calidad de Abogado, pasa a ser un engrane más de la maquinaria de el Estado actual, aunque no este autorizado a percibir un sueldo el herario público, pero en cambio tenga autorización para poder percibir directamente de la Ciudadania un ingreso por concepto de sus honorarios, dentro de un marco de honestidad y honradez que le ha de ser propio para la conservación de una imagen pulcra ante los ojos de la sociedad.

La siguiente etapa para nuestro interés en el estudio de la transformación de el Notariado latino de el cual forma parte el nuestro, hecho de el cual abundaremos más adelante; lo encontramos en España.

En esta etapa nos encontramos también con diversos periodos dentro de los cuales hallamos uno en el cual el pueblo español estaba sujeto a dominio de Roma y que por tanto arrastra hacia España parte de las características de la escribania que se daba en la Península Itálica, otro período muy interesante lo encontramos en el momento en que el pueblo Español se independiza de el decadente Imperio Romano, pero que aún conservando ciertas raíces continúa con un proceso evolutivo impresionante en el cual la función de lo que entonces era considerado como Notario o escribano, se enriquece en algunas partes, pero en otras se demerita su semejanza con la de la función de hoy, aquí nos encontramos en presencia de el escribano conservador, que se encargaba de

escribir y redactar instrumentos que se referían a la transacción de bienes inmuebles, al otorgamiento de testamentos, donde era menester la presencia de testigos, la voluntad de los otorgantes, la conservación de registro ó de minutarios en los que para el caso de que hubiera que cotejar el contenido de un documento por caso de posibles alteraciones, falsificaciones, o extravíos era prueba definitiva y contundente ante el caso de un litigio ó controversia, caso en el cual el Juez de la causa solicitante la exhibición de registros o matrices contra las cuales se pudiera establecer en forma fehaciente la naturaleza real de un documento, al momento de ser otorgado.

A continuación hemos de estudiar propiamente en que se basa hoy en día la Fé Pública Notarial, para lo cual tenemos que partir del conocimiento de las características que distinguen la Fé Pública Notarial, de la Extranotarial de la cual nos ocuparemos más adelante pero que sin embargo hemos de tomar en consideración para poder evaluar la calidad de el Notario Público como un testigo profesional, contra la de un simple observador quién por carecer de sistema y de elementos Profesionales no sería posible que un simple observador pudiera alcanzar la calidad y eficiencia en la testificación que es la que tiene el Notario Público.

Una de las diferencias que hace plena la aceveración que pueda hacer el Profesional del Derecho y que

consiste en que su testimonio y en si la Fé Pública Notarial es rogada, es decir a solicitud de parte interesada, lo que se hace importante y valioso pues en este, supuesto media la función pública encomendada a un profesional y que además tendra la obligación de observar detenidamente un hecho ajeno determinado y después narrarlo con toda precisión señalando punto por punto esos hechos observados y que se complementan en el momento en que el fedatario actua en su campo que es el instrumento público,(5) y materialmente al plasmar en su protocolo el acto que presencio pues el instrumento público (escritura) que ha sido vaciado en el protocolo que por su naturaleza asimismo es inalterable puesto que de entrada es sucesivo y en orden progresivo el orden de aparición del instrumento o escritura dentro del protocolo, y que hay un orden de aparición de los mismos, conforme a días hábiles en los cuales la actividad del Notario es legal y que por causas específicamente contempladas en la Ley se podran habilitar fechas de días feriados, además de que dichas escrituras se vacían en un libro de hojas foliadas y cosidas, selladas cada una en su página frontal y que al ser el instrumento público plasmado en tinta firme, indeleble e inalterable, que para poder hacer alguna modificación se habran de testar las pala-

(5) Carral y de Teresa Luis, Derecho Notarial y Registral Edición Porrúa, México, D.F., 1988 28a. Edición Pag. 61.
Carral y de Teresa, señala que tanto el concepto de instrumento Público como campo de acción del Notario Público y la Fé Pública rogada son dos características distintivas de la Fé Pública Notarial.

bras incorrectas, entrerrenglonar las correctas con la aplicación de una llamada en forma que se haga notar claramente donde se ha de tomar su inserción en el texto de manera que se continúe la hilación de ideas, en forma que no se altere el contenido del texto, si no que sea corregido solo por el Notario Público antes de el otorgamiento por parte de el solicitante y que aun antes de que sea firmado para su constancia, el Notario ha de salvar la escritura señalando cuales palabras testadas no valen y cuales de las palabras entrerrenglonadas si valen.

Es importante remarcar el hecho que este es el único campo de acción de el Notario Público, puesto que en ningun caso podria de viva voz testificar los hechos que ha presenciado, puesto que su actuación esta constreñida a el instrumento público, en sus dos modalidades que son el instrumento público acta dentro de los cuales encontramos la información testimonial, o recepción de declaraciones, la protocolización de documentos, los cuales pueden ser de documentos públicos o privados, dentro de los documentos públicos encontramos los permisos para la Constitución de Sociedades, refiriéndonos unicamente al permiso que otorga la Secretaría de Relaciones Exteriores, y no a los estatutos que exhiben los socios que constituyen la empresa, así también los relativos a la fusión o subdivisión de predios, la Constitución de Régimen de Propiedad en Condominio sobre bienes inmuebles; así como la protocolización de las

principales constancias de expedientes judiciales.

Por otro lado tenemos la Protocolización de documentos privados entre los que encontramos la Protocolización de Estatutos para Constituir una Sociedad, refiriéndonos especialmente a los Estatutos que han sido elaborados por los miembros de la Sociedad que se Constituye de acuerdo a sus particulares necesidades, pero sin exceder el marco de la Ley de lo cual será vigilante el Notario Público, a través de su calidad de perito en la materia y Profesional del Derecho.

Las Actas de Asamblea en las cuales se hacen modificaciones o ampliaciones a los Estatutos de una Sociedad previamente formada a través de la cual se podrá modificar el nombre o denominación social, la duración, el domicilio, el objeto social, la admisión de nuevos socios, la emisión de nuevas acciones, la compra venta de las mismas cubriendo desde luego el requisito de que mínimamente deberán ser 5 de los miembros de la empresa pues si fueran inferior en número se tendría considerada como disuelta la sociedad de igual forma se puede incluir dentro de una acta de Asamblea, el otorgamiento de poderes, la confirmación y ratificación de los mismos, la revocación de poderes, la revocación de cargos de Gerentes, Administradores Unicos, de Secretarios, Vocales, Comisarios y una lista interminable en la cual la más amplia imaginación es corta comparada con la realidad jurídica de las

dinámicas empresas de la actualidad, que en dichas actas de asamblea modernizan su actuación para estar al día en cuanto a los avances del cotidiano progreso.

Encontramos también dentro de los instrumentos acta la revocación de poderes que podrá hacer tanto personas, físicas, como morales, las cuales actuarán a través de su legítimo representante, no podemos considerar así al poder únicamente puesto que el poder emana de el contrato de mandato; pero que sin embargo nos encontramos con el caso especial del poder para pleitos y cobranzas, actos de administración y de dominio con cláusula especial y con carácter de irrevocable, con respecto de un inmueble pues este poder en particular no constituye en sí mismo, un contrato, sino más bien el cumplimiento de una obligación contraída con anterioridad a la cual simplemente se le está dando cumplimiento (requisito previo, la celebración de un contrato de compra venta, ya sea verbal o escrito con carácter de privado el cual para poder elevarse a escritura pública el vendedor ha de conceder el poder para actos de dominio específicamente sobre ese inmueble para que el comprador pueda elevar dicho contrato a escritura pública en el momento que el considere pertinente).

Así también podemos contar dentro de los documentos privados que se protocolizan a los contratos privados, en sus diversas especies, de las cuales podemos

hablar del de compraventa, del de donación, usufructo, comodato, dación en pago y una infinidad más pero de lo cual nos ocupamos más adelante por ser el tema de estudio del presente trabajo de investigación y finalmente nos servira para llegar a una conclusión definitiva en nuestro tema.

Independientemente de los instrumentos acta, de los cuales ya hemos hablado, tenemos a los instrumentos contratos entre los que tenemos la constitución de empresas (Sociedades) el otorgamiento de poderes, salvo la excepción de la que ya hablamos, y los contratos pasados ante el Notario Público de los más típicos encontramos la compraventa, la donación, la dación en pago de inmuebles, el contrato de mutuo, con o sin intereses y garantía hipotecaria, el contrato de deudor solidario, así también el de permuta, y generalmente todos aquellos contratos que por la naturaleza jurídica de el objeto o bien por el precio pagado sea necesario y la Ley así lo establezca deban de constar en escritura pública.

Para efecto de dar seguridad jurídica a las partes contratantes, y que en este sentido el Notario Público es capaz y tiene facultades para hacer constar el que se cumplieron con los requisitos de forma y fondo otorgando seguridad jurídica de fácil acceso y de acuerdo a las necesidades de cada caso en particular.

2. - EXTRANOTARIAL. - Aún cuando nuestro tema de estudio es conocer la personalidad de el Notario Público entre otras cosas, es para poder evaluar su actuación ante las instituciones y ante la sociedad es necesario que encontremos un medio de contraste con el cual podamos comparar la Fé Pública, ejercida por el Notario por lo tanto iniciaremos con el análisis de la Fé ejercida por los funcionarios de la iglesia, en tal virtud tenemos que apuntar que el Código de Procedimientos Civiles en su artículo 327, en su fracción VI, establece que será documento público la certificación de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieran a actos pasados antes del establecimiento del Registro Civil, siempre que fueren cotejadas por Notario Público ó quien haga sus veces, con arreglo a derecho, pero fuera de este supuesto no se le concede ningún carácter formal al ejercicio de los funcionarios del clero, ni aun con carácter supletorio dentro de actuaciones judiciales, sin embargo es práctica común el que cuando una persona acude ante autoridades administrativas y quiera acreditar su nacionalidad mexicana, le sea recibida como prueba de tal, su Fé de bautismo a condición de haber sido cotejado el libro parroquial por un Notario Público, en ejercicio, de la localidad donde se haya la parroquia, por cuanto a otra rama, esta sí considerada dentro de lo que es la Fé Pública hablemos del Secretario de acuerdos de los Juzgados en quién reside la Fé Pública Judicial y es quién en el ejercicio de su actuación es quién da fé de la actuación

de las partes y de el juzgador pues este último no tiene capacidad para autenticar su actuación pues esta sería nula en tal caso y solo este, es decir el Secretario de acuerdos actuando en asistencia de el juez, es quién al estampar su firma al pie de cada acto dará fé de la existencia y veracidad de lo en el contenido, así como también asistirá al juez en el caso de inspecciones judiciales y será capaz de certificar, cotejar, cumpulsar, expedir copias certificadas de documentos que obren en autos de los expedientes propios de el juzgado al que pertenecen.

En idénticas circunstancias encontramos a los Agentes del Ministerio Público que aunque estos no son autoridades judiciales sino administrativas en este sentido igualmente su actuación está limitada a la actuación conjunta de el Secretario de acuerdo que con el actúa y da fé de los actos de el Agente del Ministerio Público.

Tenemos asimismo la Fé Pública ejercida por los titulares de las oficialías del Registro Civil mal llamados jueces del Registro Civil pues no es de su competencia juzgar a nadie y tampoco pertenecen al poder judicial y solo los jueces son quienes tienen capacidad de juzgar valga la expresión y asimismo estos sí forman parte de el poder judicial, pero el caso es que este funcionario Público ejerce la función de fedatario público por cuanto a los actos registrales de nacimientos, defunciones, reconocimiento de

menores, las actas de toma de estado, es decir matrimonio bajo sus dos modalidades de sociedad conyugal ó separación de bienes y demas documentos que son considerados como prueba plena ante autoridades administrativas o judiciales y que además sirvan como prueba en el caso de actas de nacimiento como una forma de acreditar a nivel nacional de que el titular de dicho documento es de nacionalidad mexicana, fuera de estos supuestos su actuación no tiene validez que pudiera ser comparable a la Fé Pública que ejerce el Notario o bien la de el Secretario de Acuerdos.

Otro funcionario que ejerce la Fé Pública es el titular de el Registro Público de la Propiedad y del Comercio quien en el ejercicio de su función básicamente tiene tres objetivos el primero de calificación que consiste en que todos los documentos que le son presentados para su inscripción o registro deberán cubrir todos los requisitos de Ley, tanto fiscales como legales y que bajo su estricta vigilancia se inscribirán los mismos despues tenemos, como segundo objetivo la conservación-reproducción que en su dualidad consiste en que todos los documentos en que se ha llevado a cabo la inscripción en los libros o folios del Registro Público, que ya han sido calificados previamente sean conservados y pueda el Registrador a petición de parte interesada expedir copias certificadas de los mismos (Reproducción) con base en los documentos que obran en sus archivos, y que al ser certificados por este tendran calidad

de originales y por tanto se considerarán como pruebas plenas, y por último el tercer objetivo es la publicidad, este último íntimamente ligado con el anterior, pues a través de la Publicidad se puede otorgar de manera indúbita la seguridad jurídica necesariamente en la actualidad pues en todo acto jurídico que haya sido inscrito en las oficinas del Registro Público de la Propiedad y del Comercio irá aparejada la idea de que el mismo será oponible a terceros, no así cuando un acto que deba ser inscrito no lo haya sido por falta de interés de el particular ó bien por que no haya cumplido con los requisitos necesarios para su inscripción.

El corredor Público ejerce así mismo la Fé Pública similar a la de el Notario Público, pero limitado a los actos de Comercio exclusivamente; y quién en el ejercicio de su función no puede ser considerado como comerciante pues el caso es que le está prohibido el ejercicio del comercio o actuar como comisionista pero es este funcionario quién a través de la redacción de los contratos entre comerciantes, así como el avalúo y realización de prendas mercantiles, los inventarios, avalúos o estado financiero en caso de quiebra de comerciantes o bien de empresas mercantiles, su actuación como perito en el ejercicio de su función de Corredor Público, y quién finalmente expide polizas o copias certificadas de los documentos que obran en sus archivos y que implique la Fé Pública mediante su firma y sello, autenticando en ese instante el contenido de los documentos

dandoles un carácter probatorio pleno.

Otro caso muy distinto lo encontramos en la Fé Pública ejercida por los agentes consulares quienes entre otras cosas ejercerán la función de Notario Público en el Extranjero, sin pertenecer aún a los colegios de Notarios pero que por la ficción jurídica de que el edificio de las embajadas es parte de el territorio nacional y ante la imposibilidad física y lo impráctico que resultaría la presencia de un Notario Público en cada embajada mexicana, es este funcionario el que ejercerá estos cargos para así otorgarle la seguridad jurídica a quienes en el extranjero quierán contar con el apoyo de un fedatario público para el aseguramiento de sus transacciones y en parecidas circunstancias encontramos otros dos casos en los que la Fé Pública la ejercen personas distintas a la del Notario Público y lo encontramos en el caso de la Fé Pública marítima y la militar (6) quienes para el caso de capitanes de naves y de acuerdo a lineamientos establecidos en la Ley podra levantar actas en relación a los testamentos que sean dictados en sus naves en casos en que lo apremiante de la situación no permita que el testamento sea dictado ante funcionario idóneo y que al igual que el militar será responsable en los casos de testamento castrense de la realización por parte de él responsable de la guarnición de

(6) Gutiérrez del Solar y Bragado, Eduardo. La fé pública extranotarial. Ed. Reviatas de Derecho Privado Madrid 1982. P. 93-95, 173-175.

requisitos mínimos para el cumplimiento de las solemnidades que han de imprimir Fé Pública a los documentos que se adecuan a los supuestos de Ley y que por el caso especial en que se encuentran tanto el marino en alta mar ó bien el militar en servicio, en circunstancia que ponen en peligro su vida, sería ilógico el negarles minimamente el derecho a disponer libremente de sus bienes y que no se les diera esta asistencia, sin embargo tampoco es de aceptarse que el marinero en altamar o bien el efectivo en campaña quieran realizar actos jurídicos en los cuales lleven a cabo transacciones de orden civil, pues de acuerdo a sus obligaciones se considera que estas no ocupan un lugar de importancia relevante.

B. - REQUISITOS PARA SER NOTARIO

1. - FISICO. - La Ley del Notariado para el Distrito Federal, en su Artículo 13, Fracción I, establece como requisitos físicos para el desempeño de la función Notarial el ser mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos, nosotros en lo particular añadiríamos el que aunque sea demasiado evidente señalar que deberá estar en pleno uso de sus facultades físicas y mentales en forma que no tengan alguna incapacidad que los limite en el ejercicio de la función Notarial, ó bien que deberán ser separados de la función Notarial a quienes les sobreviniere alguna incapacidad; pues es obvio el pensar que es necesarísimo el

conservar una salud mental en todo momento, tener una capacidad auditiva, y de la visión, así como psicomotora que le permita ejercer plenamente la Fé Pública que le es inherente al Notario Público, pero es importante señalar que sería oportuno y necesario que independientemente de que al momento de obtener la patente el Notario Público, durante el ejercicio de su función sea sometido a periódicos exámenes, médicos y psicológicos que permitan asegurar el que el Notario Público se encuentra siempre en pleno uso de facultades físicas y mentales, pues es común encontrar en la práctica que se dan casos en los que el Notario deba de trasladarse a lugares poco accesibles, y que se encuentran en situaciones que se requiera que sus sentidos, auditivo, motor, visual y hasta la capacidad olfativa sean las de una persona completamente sana para así poder percibir todos los hechos que se celebren en el lugar al que ha de acudir al otorgamiento de un testamento, o bien a dar Fé de algún hecho; y que por tanto una persona que atravéz de el transcurso del tiempo y en base a la pérdida de sus facultades dejaría de tener la calidad de Fedatario Público, puesto que sus percepciones del entorno serían erróneas, por otra parte la Ley contempla que otro requisito y por tanto límite será el tener más de 28 años cumplidos y no más de 60 esto obedece a que por ser una función tan delicada la de el Notario ha de tener el individuo una capacidad técnica amplia en base al transcurso de un tiempo en el ejercicio de el derecho es decir como lo menciona la fracción II, del

Artículo 13 del mismo ordenamiento y que un sujeto al cumplir 28 años de edad según el criterio de el legislador ya cuenta con la carrera de Licenciado en Derecho, y además 3 años en el ejercicio de la profesión así como la suficiente firmeza en el carácter y la amplitud de criterio que exige el Ministerio del Notariado, y por otro lado al contemplar el que no deberá de tener más de 60 años volvemos a poner énfasis que si bien cuando la patente ha sido obtenida antes de esta edad, sería pertinente y necesario que aquellos Notarios en ejercicio que excedan esta edad sean sometidos con mayor razón a exámenes físicos e intelectuales que determinen su capacidad para continuar en el desempeño de tal encomienda, toda vez que el legislador considera que aquella persona que exceda de 60 años y que quiera obtener la patente de Notario ya no es sujeto idóneo, nosotros hacemos extensiva la opinión de que esta situación se debiera de observar por quienes llegan a esa edad y que como consecuencia de la merma de facultades se vea en la necesidad de retirarse dignamente de el cargo y no esperar a que se llegue a cometer una falta grave que inclusive llegara a ser constitutiva de una responsabilidad civil o penal.

Por cuanto al último punto de la Fracción I, del numeral y ordenamiento citados, consideramos que el legislador ha sido poco preciso al decir que para ser aspirante a Notario Público ha de tener buena conducta el sujeto pues la buena conducta no puede ser tasada, y en

última instancia tendríamos que remitirnos a lo que mencionan la fracción IV del mismo Artículo o bien a las fracciones II y III, del artículo 14 aunque la fracción III, cae en el mismo supuesto al hablar de buena reputación personal, la cual no puede ser evaluada puesto que contempla situaciones morales y no legales o que sean materia del derecho y que encontramos con que Eduardo García Maynez, es muy claro al señalar.

"La unilateralidad de las reglas éticas se hace consistir en que frente al sujeto a quien obligan no hay otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes. Las normas jurídicas son bilaterales por que imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones".(7)

Y que nosotros consideramos impreciso al legislador al hablar de buena conducta o de reputación ya sea personal o profesional, ya que la segunda podría ser evaluada en base al éxito o fracaso de el profesional y que le repercutiría en el aspecto económico benéfico en base a la fama obtenida en el ejercicio de una profesión pero que por cuanto al aspecto personal ó a la conducta no se podrían evaluar pero que sin embargo si la Ley pudiera establecer aun supletoriamente en otra legislación por separado los

(7) García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa, México, D.F. 1978. P. 15.

parámetros para medir estos conceptos podría ser justificable el uso de estos términos o de lo contrario hablar de carecer de antecedentes penales que sería considerar que la persona que no ha sido procesada penalmente se le deba de considerar como honrada aunque esto tampoco es absoluto y que así mismo pudiera establecerse mecanismos claros a través de los cuales se pudiera evaluar la solvencia moral de un individuo.

2.- INTELLECTUALES.-La ley del Notariado en su artículo 13 fracción II, establece los requisitos para ser Notario por cuanto a características intelectuales; Ser Licenciado en derecho con la respectiva cédula profesional y acreditar cuando menos tres años de práctica profesional, a partir de la fecha de examen de Licenciatura, aunque parece demasiado obvio, pensamos que la ley debería de hablar de examen aprobatorio, ahora bien por cuanto se refiere a la exigencia de ser Licenciado en Derecho es entendible toda vez que el Notario Público es un profesional del derecho y por tanto debe de ser una persona versada en la materia, y que al contar con tres años de experiencia se considera que sus conocimientos jurídicos han sido suficientemente incrementados como para conocer el derecho de una forma satisfactoria, por otra parte la fracción IV del mismo artículo del ya citado ordenamiento establece que será necesario que el aspirante a la patente de Notario deba de contar en su currículum con el ejercicio de cuando menos ocho meses, ininterrumpidos inmediatamente anteriores a la

solicitud de exámen, de haber realizado prácticas notariales bajo la dirección y responsabilidad de algún Notario del Distrito Federal todo esto en base a adquirir la suficiente experiencia en el conocimiento pleno y redacción de instrumentos públicos, que es el quehacer del Notario Público, y en el cual ha de ser persona versada en la materia contemplada de los aspectos jurídicos y tributarios que se generen con el otorgamiento de los diversos instrumentos notariales. La Ley del Notariado contempla de igual forma como requisitos intelectuales para ser Notario, en su artículo 20 párrafo 1º el tener que sustentar un exámen teórico, práctico, en donde demostrará su capacidad en el exámen práctico para poder redactar mediante el auxilio de una mecanógrafa un instrumento público determinado mediante la elección de un tema que estara contenido en sobre cerrado y que debiera de redactar conforme a lo establecido en la Ley así como contar con todos los requisitos de forma y fondo necesario, y por cuanto al exámen Teórico, ha de dar respuesta a preguntas que se le haran relativas a materias que son objeto del campo notarial.

Pero sin embargo nos encontramos con que además sin que la ley tenga que hacer mención el Notario deberá de adquirir amplios conocimientos en materia fiscal pues sabemos que el cálculo de los impuestos que se generan con motivo de los instrumentos pasados ante su fé y entre los cuales encontramos el Impuesto Sobre la Renta por la enajenación de

inmuebles, el pago de impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles, el Impuesto al valor agregado por la enagenación de locales comerciales así como el pago de derechos registrales, y tener un amplio panorama de lo que deberá de gravarse impositivamente para no incurrir en responsabilidades de carácter fiscal. Así mismo deberá de tener amplios conocimientos de derecho administrativo, para lo cual sería recomendable el tener que realizar cursos en los cuales podrá especializar sus conocimientos en las materias relativas al ejercicio del Notariado.

CAPITULO II

EL PROTOCOLO

A. - EL PROTOCOLO EN ESTRICTO SENTIDO.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal, define así en su artículo 42 al protocolo.

"Protocolo es el libro o juego de libros autorizado por el Departamento del Distrito Federal, en los que el Notario, durante su ejercicio asienta y autoriza con las formalidades de la presente Ley, las escrituras y actas notariales que se otorguen ante su fé".

Etimológicamente se considera compuesto el término por el prefijo griego protos, primero y el sufijo y colao, pegar.

Por otro lado Bañuelos Sánchez(8) citando a Gómez

(8) Bañuelos Sánchez Froylán, Derecho Notarial, Cardenas Editor México, 1977 pp 97.

de Mercado, señala que protocolo es "La colección ordenada cronológicamente de escrituras, testamentos y actas autorizadas por fedatario en un año y conservadas para siempre, como propiedad del Estado en uno o más tomos, observando en la redacción y solemnidad de aquéllos las prescripciones de Ley y reglamentos y en la formación y encuadernación de los referidos tomos las disposiciones referentes a la conservación de los mismos".

Sin embargo esta última definición por venir del Derecho Notarial Español no concuerda con la legislación vigente en nuestro país, toda vez que había que posteriormente a la elaboración y otorgamiento de los instrumentos se encuadernen en tomos dichas escrituras, contrariamente a lo que preceptua nuestra legislación vigente en los artículos del 43 al 55 en los que se establece cual será la forma que han de guardar los protocolos así como la manera en que han de usarse, tanto a nivel de el notario así como también las autorizaciones necesarias a cargo de la Unidad Administrativa correspondiente y del Archivo General de Notarias.

Ahora bien en que consiste propiamente el protocolo, para lo cual diremos que es un libro en blanco que el Notario se provee a su propia costa y el cual debiera contar con un margen de un centímetro y medio tanto por el lado del dobles o encuadernación, así como otro de igual

medida por el lado de la orilla, según lo establece el artículo 48 de la Ley del Notariado, nosotros consideramos que este margen de protección debería hacerse extensivo a la parte superior de cada hoja así como a la inferior de tal manera que los instrumentos que se plasmen sean conservados contra cualquier deterioro de la intemperie o agentes externos, por cuanto al margen interior se separa con una línea de tinta roja a partir de la cual se establece un segundo margen de ocho centímetros en el cual se asentaran las anotaciones marginales, y de las cuales señalamos como principales por su orden de aparición la apostilla, que en un breve extracto de el contenido de el instrumento en el cual se anota el número de escritura, el acto o contrato en el contenido, así como las personas que en ella intervienen, seguida de la rúbrica de el Notario Público, a continuación para el caso de operaciones, traslativas de dominio se anotarán la nota del pago de Impuesto sobre la Renta por la Enajenación de Bienes y la nota del Impuesto sobre Adquisición de Bienes Inmuebles, comunmente conocido como Impuesto sobre Traslación de Dominio, de los cuales se asentaran cronológicamente de acuerdo a la fecha en que se haya presentado el pago ante la Oficina correspondiente, y en las que se estableciera que aún que estos documentos no forman parte de el instrumento Público, se agregarán al apéndice correspondiente para su comprobación marcados con letras que hara fácil su identificación, y dichas notas irán seguidas por la rúbrica del Notario en cada una de ellas, a

continuación se dictara mediante otra nota la expedición de Testimonios que para el caso de actas será la primera nota marginal, y en caso de operaciones traslativas de dominio será la tercera y que esta nota se asentará tantas veces como testimonios se expidan, siempre continuando con una numeración sucesiva en cada una de ellas, y por último se anotara marginalmente en el protocolo los datos y la fecha de inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del instrumento Público al que hacen referencia las notas, por otro lado es en este margen donde también se asienta la nota preventiva de "No Paso" cuando no se hubiesen cumplido con los requisitos de Ley para el surgimiento a la vida jurídica de dicho instrumento, y los cuales se podrán subsanar y para el caso de instrumentos autorizados parcialmente se hara también cuando una escritura tuviere varios actos o contratos cual ha sido el que "No Pasa".

Cabe señalar también que el artículo 40 señala que es en este margen y en el anverso de cada hoja donde se ha de imprimir el sello que validara cada hoja que de él protocolo se utilice.

El espacio utilizable de cada página será siempre de 24 centímetros de ancho, dejando a salvo siempre los márgenes antes mencionados, y en donde se asentarán las escrituras, con tinta firme, a través de cualquier método de impresión, y las cuales cumplirán con los requisitos que

marcan los artículos 60 al 81 de la Ley del Notariado pero que en términos generales consisten en la expresión del número de escritura, el volumen, la fecha, lugar y número de notario ante quién se pasan, el acto o contrato, los antecedentes, las estipulaciones, las personalidades de quienes actuen en representación de personas físicas o morales, y los datos generales de quienes en el instrumento intervienen a continuación se hará antes de la firma del instrumento la anotación de las palabras que han sido entrerrenglonadas o testadas con tinta firme diciéndo cuales valen y cuales no valen de las que han sido testadas, acto seguido se imprimiran las firmas de quienes en el instrumento intervinieron, acompañadas de la firma y sello del Notario que autoriza, y en el caso de operaciones traslativas se continuara con la anotación de la autorización definitiva, cuando han sido cubiertos todos los requisitos tanto legales como fiscales anotando la fecha en que se hizo la presentación del pago del último impuesto, y al final sin que dure espacio libre en la página se cancelara con líneas de tinta firme e indeleble, continuádo con el siguiente instrumento en la siguiente página.

En el protocolo así mismo se asentarán en orden cronológico y sucesivo por cuanto a la numeración de las escrituras, de las cuales se dara cuenta de ellas así como la fecha en que se asento la última en la nota de cierre de protocolo haciéndo mención de las páginas utilizadas y los

instrumentos plasmados, y de las hojas que no se usen se cancelarán con líneas de tinta indeleble.

El libro de protocolo asimismo contara con 150 hojas o trescientas páginas que deberán de foliarse y como ya mencionamos sellarse por el anverso, y el juego de libros que integrarán en sentido amplio el protocolo será de 10 por lo general asignando a cada uno de ellos un número progresivo del 1 al 10 ó cero y que en ellos se asentarán las escrituras de manera sucesiva y de acuerdo al último dígito en forma correspondiente al número de protocolo y a manera de ejemplo decimos que una hipotética escritura 25,282, se asentara en un hipotético volumen 492.

Es de mencionarse otra modalidad del protocolo notarial, y nos referimos en particular al protocolo abierto especial. (P.A.E), el cual esta destinado exclusivamente para los actos o contratos en que intervenga el Departamento del Distrito Federal, así como las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, cuando se encuentren en el caso de llevar a cabo programas de fomento a la vivienda o bien para la regularización de la Tenencia de la Tierra.

Este protocolo especial estará constituido en forma muy diferente al protocolo ordinario pues el P.A.E., está integrado por folios separados, que si bien están

númerados y son proporcionados por el D.D.F., que sin embargo son hojas separadas a diferencia de el protocolo empastado de hojas cosidas que asegura su inviolabilidad. La Ley del Notariado establece en los artículos 59 A., a 59 N., que será obligación de los Notarios el empastar los volúmenes de P.A.E., cuando se completen 100 instrumentos contando inclusive los que no pasen, y que así mismo independientemente el Notario por su cuenta y para su propio control llevará un libro de empaste firme en el cual asentara una razón de los folios que se empleen para integrar cada instrumento, firmando y sellando al calce para su debida constancia en cada caso encontramos asimismo que a diferencia de el protocolo ordinario en este caso del P.A.E., este no contara con espacio para anotaciones marginales, otra diferencia que encontramos es el lugar donde se estampara el sello de autorizar por parte del notario y a diferencia del ordinario en el caso del P.A.E., el sello se ubicara en el margen superior derecho por el anverso del folio y aún tomando en consideración que se lleva un libro de control y que cada folio esta numerado por el D.D.F., sumando a todo esto que en cuanto se complete un volumen, se empastara de manera firme así como su apéndice, y que las notas complementarias, que suplen a las anotaciones marginales de la escritura se han de empastar con el P.A.E. Nosotros consideramos que aunque en el la intervención sera única y exclusivamente por parte del D.D.F., no es un método que asegure totalmente su inviolabilidad como la de el protocolo

ordinario.

B. - EL APENDICE.

El apéndice preceptuado por los artículos 56 al 58 de la citada Ley del Notariado consiste en un legajo que acompaña al protocolo en el cual se han de conservar los documentos que sirven de antecedente para la elaboración de el instrumento público y entre los cuales encontramos en operaciones traslativas de dominio: La escritura que sirve de antecedente, el Avalúo Bancario de el Inmueble, las boletas de pago de impuesto predial y por servicio de agua, el certificado de libertad de gravámenes expedido por el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, la constancia de no adeudos, así como los Expedientes Judiciales cuando se ordene la escritura por mandamiento judicial, así también se agregarán a este apéndice los documentos en los cuales se haya hecho constar el pago de los Impuestos que con motivo de la escritura se generen y que han de conservarse para su debida constancia, y de los cuales cada uno se marcarán con letras, ó bien números y que en caso de expedientes judiciales se considerarán como un sólo documento.

Estos legajos siempre acompañaran al protocolo del cual formen parte, y que deberán de empastarse despues de

transcurridos seis meses a partir de la certificación de cierre de el protocolo respectivo y que en caso de que sea necesario se formarán varios volúmenes de un mismo apéndice.

Bañuelos Sánchez (9) define así al apéndice. "...El notario, en relación con los libros del protocolo llevara además, una carpeta por cada volumen, en donde irá depositando los documentos que se refieran a las escrituras y a las actas. El contenido de estas carpetas se llama "Apéndice", el cual se considerara como parte integrante del protocolo...".

La utilidad de el apéndice es que cuando un particular solicite la expedición de nuevos testimonios en base al protocolo se puedan mecanografiar nuevos testimonios o bien reproducirlos mediante fotocopiado, como se estila en el Archivo General de Notarias, y a partir de el apéndice se puedan certificar los documentos que formaron la escritura, y mediante los cuales se cumplieron los requisitos legales y fiscales y que se pueda integrar un nuevo testimonio con todos los anexos necesarios y así asegurar el concepto de reproducción que es una de las principales cualidades que distinguen al Notario Público.

(9) Bañuelos Sánchez, Op. Cit. p. 103.

Dentro del apéndice se agregara también una copia certificada de la escritura a la que pertenece el respectivo apéndice a efecto de que por causas imprevistas llegará al protocolo a sufrir deterioro tal que hiciere imposible la interpretación de lo en el contenido y asegurar tanto la conservación como la reproducción del instrumento público.

C. - EL INDICE.

El índice ordenado por el artículo 59 de la Ley del Notariado, es una libreta en la cual se anotarán todas las escrituras contenidas en el juego de protocolos a que pertenecen, aunque equivocadamente la Ley, sólo hace mención de que se anotarán los instrumentos que se autorizen pues nosotros consideramos que es necesario hablar de aquellos que no hayan sido autorizados, es decir instrumentos que "No Pasarón" pero haciendo mención de este hecho, tendrá el Notario de igual manera que hacer esa anotación por el orden alfabético de las personas que intervienen en los instrumentos, aclarando que contenido tiene la escritura el número de fojas, de instrumento y la fecha que ostenta cada escritura.

En relacion a la naturaleza y alcances esta figura en la cual es donde se lleva a cabo el registro de la escrituras que obran en el protocolo de Notario Público Pérez

Fernandez del Castillo (10) es muy claro al señalar.

"El índice es la libreta donde se localizan por orden alfabético los instrumentos que ha autorizado el notario, se lleva por duplicado de cada juego de protocolo. Y en él se encuentra asentado el nombre de las personas que han participado en una escritura o acta, así como la fecha y número del instrumento".

Este accesorio del protocolo esta inspirado en la necesidad de un manejo más ágil y fácil del juego de protocolos, la Ley ordena que de los índices se elaboraran dos ejemplares de forma que al entregarse al archivo general de Notarios los protocolos, junto con sus respectivos apéndices e índices, quede en manos de el Notario que autorizo un ejemplar a fin de guardar una memoria de los instrumentos que ante el se haya pasado.

Encontramos también que paralelamente al índice en las Notarías se forma también un juego de libretas de guía esta libreta aunque no esta contemplada por la Ley es práctica común su manejo dentro de las Notarías toda vez que permite un manejo de los protocolos que están en uso entre otras cosas para saber el número de las escrituras, el folio de ingreso de el expediente antes de la firma, el saber

(10) Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Derecho Notarial 3a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1986.

si ya han sido solicitados los documentos necesarios para la elaboración de la escritura, saber si una escritura ya ha sido firmada, quienes han intervenido en ella el tipo de escritura, el saber si se han pagado los impuestos que con motivo de la escritura se han generado, así como saber si los honorarios y gastos ya han sido cubiertos al Notario.

Permite de igual forma el control de los protocolos al poder continuar de manera lógica el orden de los libros y de la aparición de las escrituras y sus fechas, de forma que pueda programarse de acuerdo al número de fojas útiles, la fecha probable de cierre de los protocolos, a efecto de que se prepare con toda anticipación el juego de libros que ha de abrirse para suplir al que se ha terminado, controlando de una forma más adecuada el llenado de protocolos y minimizar de esta manera la cantidad de hojas que han de cancelarse al cierre de libros y es mediante esta libreta que se logra un control administrativo interno de la Notaria, que haga que el notario evalúe de manera constante la agilidad del desarrollo del trabajo cotidiano así como la continuidad indispensable para la conservación del orden cronológico de el protocolo antes de que se impriman las escrituras.

D. - EL ARCHIVO.

1. - PREVIO A LA FIRMA.

El archivo del Notario previo a la firma de la escritura tiene como objetivo principal el llevar un control ordenado de las operaciones que ingresan a la Notaria, en esta etapa es cuando una vez que ha sido aceptado el asunto para su trámite por el Notario Público se llevan a cabo los pasos necesarios para obtener la documentación necesaria en caso de escrituras traslativas de dominio, como son el avalúo bancario, la certificación de libertad de gravámenes, la constancia de no adeudos, para el caso de constitución de sociedades, el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, para la constitución y en el cual se autoriza la denominación social es en esta etapa donde se elabora la escritura, donde se vigilan los detalles de cada caso en particular a efecto de que se cumplan con todos los requisitos de Ley, asimismo donde se integran el instrumento público los elementos que a futuro le han de caracterizar como son la conservación la reproducción, pero aún ya terminado el instrumento no deja de ser un proyecto aún.

Es el archivo del Notario donde se guardan los expedientes que daran el nacimiento a la vida jurídica de nuevas escrituras públicas mediante las cuales se otorgarán seguridad jurídica a las partes contratantes.

Hemos decidido hablar del Archivo del Notario Público y no de el Archivo General de Notarias, pues este último ha de ser necesario estudiarlo en un tema en

particular, y no como un inciso a desarrollarse de un capítulo solamente, es en este archivo propio donde se aplican las reglas de la burocracia interna de la Oficina del Notario Público donde pueden estudiarse estadísticamente el flujo de operaciones y la naturaleza de estas donde se ha de vigilar con todo rigor el Secreto Profesional que le es inherente a la abogacía pero que se vuelve aún más dramática en el caso del ejercicio de la función de otorgar la Fé Pública como es el caso del Notario, el cual ha de guardar celosamente el secreto que merece cada asunto, pero no por ello dejar aún lado el ejercicio de su actuación con toda dignidad y dentro del marco de la Ley y aunque aun cuando nosotros hemos hablado que es inaceptable hablar de la honestidad.

Es en el archivo previo a la firma donde se le dara un número de ingreso al expediente, comunmente llamado número de folio, el cual servira para identificar el expediente hasta el momento de pasar la escritura al protocolo, este número de folio servira también para identificar el volúmen de documentos que manejen los gestores del Notario y que al regresar los informes que rindan las diversas dependencias permitira el poder archivar adecuadamente los documentos, sera conveniente también que este archivo quede ordenado de acuerdo al número de folio y que toda esta información quede registrada en un libro de entradas, que en un momento dado podria facilitar enormemente

el poder establecer el estado que guarda cada expediente, sin que se haga necesario el tener que verificar físicamente el contenido de cada expediente, cuando hablamos páginas atrás de el índice también hablamos de la guía y es propiamente en esta libreta donde se ha de llevar el registro que hemos hecho mención con respecto del archivo previo a la firma.

Es por demás evidente el hacer notar que a este archivo solamente tendrá acceso el Notario y el personal debidamente autorizado por el, con exclusión de cualquier otra persona, pues en el se contendrá los documentos que si bien tienen el carácter de públicos; la dificultad que ofrecería el tener que llevar a cabo la reposición de estos en caso de extravío o destrucción representaría una labor sumamente compleja y dilata causando al solicitante de la actuación del Notario, molestias innecesarias y demeritarían en gran medida la imagen y capacidad del fedatario público.

2. - POSTERIOR A LA FIRMA.

Una vez que el expediente ha sido formado completamente y se ha llevado a cabo la firma de lo que ha dejado de ser un simple proyecto y se ha convertido en un instrumento Público, será menester que se cumpla a partir del hecho generador que es la firma de la escritura con el pago de las obligaciones tributarias que de el emanen, cuando nos encontremos en el caso de operaciones traslativas de dominio, ó bien en el caso de instrumento acta con la preparación de

los testimonios que han de expedirse a los solicitantes, de las escrituras que han quedado plasmadas en el protocolo notarial y es en este segundo archivo donde el notario hace evidente su capacidad, no solo como profesional de derecho, sino como perito en la materia referente al cálculo de impuestos que con motivo de una escritura se generen.

En este archivo se localizara un expediente ya no por el número de folio con el que ha ingresado a la notaria sino ahora con el número de escritura que se le ha asignado al ser vaciado en el protocolo, una vez que se han cubierto todos los requisitos y en los casos en que sea necesario se hayan cubiertos los Impuestos de ley, el Notario procedera a integrar los testimonios que se han de inscribir en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, es por el paso de este segundo archivo donde se aplicaran a los protocolos las anotaciones marginales de el pago de los referidos impuestos, así como también las notas de expedición de testimonios es este archivo el que podria ser considerado que hace las veces de guarda sellos del Notario, pues es en esta etapa donde se autorizaran los testimonios aplicando despues de haberse revisado de manera integra, los sellos a los testimonios y copias certificadas que de las escrituras pasadas ante la fé del Notario, se expidan.

Es en este archivo donde con base en los

expedientes que han quedado de la formación de testimonios, se han de integrar los apéndices que han de acompañar a los respectivos protocolos, es también de mencionarse que en este archivo el notario ha de imprimir las notas de autorización definitiva así como la impresión después de cada nota marginal de su rúbrica.

De igual forma cuando el Notario lleve a cabo el cotejo de documentos que no han sido pasados ante su fé el Notario debiera de levantar un acta al respecto pero que en el archivo posterior a la firma se ocupara de conservar en los apéndices copias cotejadas con el original que el Notario ha tenido a la vista, donde se empastaran los apéndices, y en donde se guardarán los protocolos una vez que ha transcurrido el término de 5 años que marca la Ley para que tanto protocolos como índices y apéndices, estos sean remitidos al archivo General de Notarias que servira de almacen definitivo, y custodiado por el Estado, supliendo al archivo de el Notario.

CAPITULO III.

CONTRATO CIVIL.

A. - ANTECEDENTE.

Nuestra finalidad en el estudio del contrato civil se centra en la necesidad de determinar las diversas características que puede tener este tipo de contratos, nosotros en lo particular consideramos que el apearnos a criterios de carácter doctrinario tiene sus inconvenientes, puesto que los tratadistas que han propuesto clasificaciones al contrato civil atendiendo al análisis de su naturaleza, que cada quien ha estimado pertinente y así encontramos que Rojina Villegas, (11) nos habla de las clasificaciones que han propuesto diversos autores así como la que el mismo señala, y entre los tratadistas que el menciona en su obra tenemos a Josserand, Planiol, Mesineo, Borja Soriano, Ruggiero, Giorgi, Castan Tobeñas, pero de las cuales nosotros consideramos que

(11) Rojina Villegas, Rafael, compendio de Derecho Civil. Contratos, Editorial Porrúa, México, D.F., 1986, Décima Séptima Edición P. 7-24.

para nuestro tema de estudio es más propio apearse a la clasificación que se deriva de el Código Civil donde establece que el Contrato puede analizarse mediante el siguiente orden.

Contratos:

- Preparatorios.
- Traslativos de dominio.
- Traslativos de uso y disfrute.
- Custodia.
- Mandato y Prestación de Servicios.
- Finalidad común y constitución de personalidad.
- Aleatorios y de garantía.
- Preparatorios.

Dentro de los primeros que hemos señalado en esta clasificación encontramos a manera de ejemplo el contrato de promesa de compraventa, el cual única y exclusivamente, crea una obligación de hacer, es decir celebrar a futuro el contrato definitivo propiamente la compraventa. Es importante señalar que se considerara única y exclusivamente contrato preparatorio ó en este caso de promesa de venta cuando no medie el pago de un anticipo, pues en este supuesto ya no estaríamos ante un contrato preparatorio, si no ante un contrato formalmente definido como de compraventa a plazos.

TRASLATIVOS DE DOMINIO.

En este grupo de contratos encontramos aquellos en que su fin primordial esta el transmitir la propiedad de una cosa, tal es el caso de la compraventa, la donación, la permuta y en los cuales podemos decir que respecto a otras clasificaciones dadas por los diversos tratadistas, en esta categoria los podemos identificar tanto a unilaterales, la donación; los bilaterales, la compraventa; los bilaterales pero que en el caso de la permuta, la contraprestación no es facilmente estimable.

TRASLATIVOS DE USO Y DISFRUTE.

En este grupo encontramos que la característica principal solamente consiste en poder usar y disfrutar la cosa, pero no se compara en ningún momento con los traslativos de dominio pues en este caso y conforme a la teoria romana se tiene el Ius fruendi y utendi pero no el Ius abutendi (al decir que no se tiene la capacidad de abusar, se establece el que no se podra disponer de la cosa es decir gravarla ó enajenarla).

Asi podemos señalar que son ilustrativos de este tipo de contratos el de comodato el de arrendamiento, el subarrendamiento y todos los que única y exclusivamente tiene como finalidad el regular el que una cosa propia sea

aprovechada por un tercero pero sin transmitirle la calidad de dueño.

CUSTODIA

De estos contratos podemos señalar como principales ejemplos el de hospedaje y el depósito en los cuales sus características se han ido formando en torno a la guarda de personas, el de hospedaje y que tiene un carácter transitorio puesto que se podrá solicitar por tiempo indefinido ó bien por las características que el oferente le imponga (entre los que señalamos a los viajes todo pagado en que se establece el tiempo y costo de manera taxativa). Por cuanto al depósito encontramos que tiene características similares pero aquí la obligación de guardar versara única y exclusivamente sobre cosas, y la obligación que se genera con este tipo de contrato solo será la de conservar a buen resguardo el bien que se ha recibido en guarda, y que a diferencia del de hospedaje aquí no se incluyen personas y cosas (el equipaje) y no tendrán que proporcionarse servicios paralelos (limpieza de ropas, alimentos, cuando asi se contratare).

Sin embargo o será común denominador de estos la falta de formalidad, puesto que solamente se requiere firmar fichas con datos especificando los bienes y las personas pero que no requieren la particularidad de la formalidad de

escritura privada y mucho menos la pública, así también cabe señalar que en garantía del puntual cumplimiento de el pago de tales contratos, se tomaran en el caso del depósito la cosa misma, o en el de hospedaje los equipajes.

MANDATO Y PRESTACION DE SERVICIOS.

En esta categoría encontramos como ejemplos claros el de corretaje, contrato de trabajo, el de prestación de servicios profesionales y el de mandato entre otros, en los cuales y en atención a la capacidad y conocimientos se paga un precio por la prestación de un servicio.

En este grupo de contratos encontramos que las relaciones de este tipo se encuentran reglamentadas tanto por la legislación civil como por la laboral, y en este supuesto podemos señalar como característico al contrato colectivo de trabajo.

FINALIDAD COMUN Y CONSTITUCION DE PERSONALIDAD

Señalamos entre estos al contrato de sociedad y a los contratos de colectividad y comunidad especiales. Estos contratos su fin específico es la creación de una agrupación con personalidad jurídica propia y la cual pueda lograr el desempeño de una actividad que de lo contrario cada elemento que la constituye no tendría la capacidad suficiente para

desarrollar tal actividad.

ALEATORIOS Y DE GARANTIA.

Son contratos aleatorios aquellos en los que encontramos un elemento de incertidumbre en el que la relación entre servicio, o bien el beneficio obtenido no tienen una contraprestación directa y que por tanto es un elemento de la naturaleza de este contrato la incertidumbre, y que además se considera consensual en oposición a formal, ya que no se requiere la creación de instrumento en el cual conste, en forma privada y mucho menos pública este contrato son ejemplos el de renta vitalicia, decisión por suerte, pero que sin embargo en el caso del de juego se requiriera por lo menos un comprobante o billete de comprobación, y contrariamente a lo antes mencionado para el caso de contrato de seguro se requiriera inclusive aquí si una forma escrita en la que se contempla la naturaleza de el contrato y los supuestos en los que se considera como válido el cumplimiento y pago del contrato única y exclusivamente.

Es necesario sin embargo contemplar por propia necesidad de sustentación de nuestro tema el saber que si bien como lo menciona Argentino I. Neri (12) al decir del origen del Contrato Civil.

"Lo que hay de cierto en lo que respecta a la

rudimentaria legislación de aquella humanidad es que a raíz del crecimiento humano, y del consiguiente aumento de las actividades del individuo y necesidades de la vida de contratación civil, el hombre se vio comprometido a buscar algún signo referencial, a proveer algo que sirviendo de medio de prueba persistiese en la memoria, tanto de los propios interesados o ejecutores de los actos, como cuanto de los propios circunstancias. De este modo, dejando de lado la invocación a dios como medio solemne de expresión contractual, quizás, bendiciendo la contratación al pie mismo del lugar en que acudian, mediante el pronunciamiento de adecuadas palabras.....".

Y es através de la evolución del derecho en las diversas civilizaciones, como se llega a nuestro antecedente más directo que es el derecho romano, donde como la cuspide del derecho latino, la contratación se vuelve una actividad cotidiana dando origen a contratos de naturaleza tan diversa que esta constituye materia de un estudio por separado al que nosotros pretendemos desarrollar, puesto que se ubica fuera de nuestro objetivo, y para adentrarnos en lo que es el contrato civil es importante iniciar el estudio de sus elementos; los cuáles podemos clasificar en el siguiente cuadro.

(12) Argentino. I Neri. tratado teórico y práctico de Derecho Notarial Vol. I Editorial Ediciones de Palma Buenos Aires 1981, la edición pp 1,2,

CONTRATO CIVIL (13)

NATURALEZA JURIDICA

| ELEMENTOS | ESSENCIALES | ELEMENTOS DE VALIDEZ | |
|----------------|-------------|--|-------|
| CONSENTIMIENTO | OBJETO | CAPACIDAD | FORMA |
| | | Prohibiciones y limitaciones en relación con la capacidad. | |

B. - ELEMENTOS ESSENCIALES.

Rojina Villegas (14) nos dice que si bien el contrato civil esta constituido por los elementos esenciales y por elementos de válidez, es definitivo que la ausencia de uno de ellos tendra un efecto diferente al de la falta de los otros, esto es. Que siendo los elementos esenciales de los contratos el consentimiento y el objeto, la falta de estos originaria la inexistencia. Así tenemos que el consentimiento debiera de reunir ciertas y determinadas características pues

(13) Soto Alvarez, Clemente. Introducción al estudio del Derecho y lecciones de derecho civil curso grafico, Ed. Limusa 2a. Edición México 1979. p. 159.

Cabe señalar que Soto Alvarez en la cabaza del presente cuadro habla del contrato de compraventa pero sin embargo para nuestro tema, el contrato también lo es.

(14) Op. Cit. Vol. III PP. 54.

según el artículo 1803 del Código Civil establece que podrá ser expreso o tacito, y señala los supuestos de uno y otro y así igualmente el artículo 1804 señala que cuando alguien ofrece a otra persona la celebración de un contrato queda obligado por su oferta hasta la expiración del plazo señalado, es el caso que el artículo 1812 nos habla en que condiciones el consentimiento no creara derechos y obligaciones y de esta manera tenemos que el error, la violencia, o el dolo es decir el engaño o fingimiento acarrearía, por ser un vicio del consentimiento como ya hemos dicho la inexistencia del mismo y por ende la de el contrato así tenemos que Rojina Villegas (15) al definir el consentimiento dice.

"...El consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones..."

Sin embargo Bañuelos Sánchez (16) pretende ser más claro al señalar.

"...La manifestación de la voluntad (consentimiento) puede ser expresa o tacita es expresa cuando se exterioriza el lenguaje: oral, escrito o mimico ó

(15) Idem.

(16) Bañuelos Sánchez, Froylan. De la interpretación de los Contratos y de los Testamentos la Edic. Cardenas Editos y Distribuidor, México, D.F. 1975 Pag. 35.

por signos inequívocos. Es tácita, cuando se desprende de hechos, actos u omisiones que de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito aunque el autor del acto jurídico no exteriorice su voluntad a través del lenguaje".

Y de ambas definiciones se establece que cuando el consentimiento no se da, al contrato le faltara un elemento esencial y por tanto sera inexistente. Pero seria ilógico el pensar que pueda hablarse si quiera de un contrato cuando no se de el consentimiento, más sin embargo son los vicios del consentimiento los que nos llevan a que pueda darse el caso de que no haya consentimiento desde el punto de vista teórico y práctico por que si se da el caso de ontrato cuando no se de el consentimiento, más sin embargo son los vicios del consentimiento los que nos llevan a que pueda darse el caso de que no haya consentimiento desde el punto de vista teórico y práctico por que si se da el caso de errores en la naturaleza del contrato, por ignorancia en estricto y en amplio sentido; cuando no se tiene conocimiento pleno del objeto y se le llegara a confundir, o bien el de los contratos simulados que pudieran afectar la esfera jurídica no sólo de las partes, sino también la de terceros.

Así tenemos que nuestra legislación en cuanto al consentimiento se apega a la teoria de que éste se dara como una declaración unilateral de la voluntad y asi tenemos que

la obligación que surge del otorgamiento del consentimiento, de donde llegamos a la conclusión que cuando el que hace la oferta señala su consentimiento para que surja la obligación y establece un plazo, o la Ley lo impone, es en base a su propia manifestación de la voluntad aún antes de contratar, es como nace la obligación que lleva aparejado, primero tener que respetar el plazo dado por el mismo o bien el impuesto por Ley, y en segundo lugar llevar a cabo la contratación aún a pesar de haberse retirado la oferta, pero cuando aún se encuentre vigente el plazo señalado o el marcado en Ley.

Sin embargo para el estudio de nuestro tema el consentimiento que es expresado a través de un contrato que si bien por ser privado únicamente surtira efecto entre las partes puesto que nunca podra ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad, es importante que quién redacte el contrato vigile que el consentimiento como elemento esencial del mismo no sea afectado por vicios que originen la inexistencia de la relación contractual, de igual forma nos encontramos ante el hecho de que para llegar a la protocolización éste deberá de ser formal, en oposición a consensual, es decir deberá estar dado por escrito, de forma que si él consentimiento que ha sido dado por escrito y el cual no este afectado por vicios nos encontraremos que aunque este solo surta de momento efectos entre las partes, servira sin embargo en caso de ejecución forzoza, (el otorgamiento y firma de contrato por la vía judicial) como hecho generador

de la acción mediante la cual se le ha de otorgar la forma que establece la Ley, es decir la de escritura pública la que si surtira efectos contra terceros. Por cuanto al otro elemento de validez del contrato que consiste en el objeto partiremos de establecer que este se contempla desde dos puntos de vista.

EL OBJETO DIRECTO: Que consiste en la creación y transmisión de obligaciones en el contrato.

EL OBJETO INDIRECTO: Que se traduce en la cosa, o el hecho, que de esta manera son materia de la obligación que da nacimiento al interés con contratar.

Es importante hacer notar que en la práctica diaria del derecho es lamentable contemplar el que repetidamente el objeto de los contratos es considerado como la cosa en sí, y que sin embargo el objeto directo o en estricto sentido del contrato mismo es la creación o transmisión de derechos y obligaciones, puesto que desde el punto de vista doctrinario podemos pensar en contratos que recaigan sobre cosa futura, en las que el objeto indirecto aún no existen, es decir la cosa misma, pero que sin embargo se puede establecer la obligación que ha de sujetar a las partes en el momento en que se la existencia de la cosa misma.

Ahora bien el objeto indirecto de los contratos consiste básicamente en un dar, hacer o no hacer. Para lo cual tenemos que considerar que la cosa al no ser el objeto directo del contrato, es necesario el ver que la obligación ha de ir aparejada a la naturaleza de la cosa esto es que tanto el dar, hacer no hacer sean físicamente posibles, esto es que si bién la cosa al momento de la celebración no exista será requisito indispensable que pueda llegar a existir, puesto que no habría objeto en un contrato, en cuanto el motivo de una compraventa sea una cosa que su existencia sería imposible y por lo tanto al no poder existir el objeto indirecto, el directo no podrá llegar a cumplirse y por tanto el contrato será inexistente.

El objeto indirecto para que pueda ser objeto de contratación deberá de ser enajenable, pues aquí nos encontramos ante el caso en que si bién la cosa es existente o de existencia futura debiera de estar en el comercio como lo establece el artículo 1825 para que pueda ser materia de un contrato debiera:

Existir en la naturaleza (Posibilidad Física).

Ser determinada o determinable (Posibilidad Jurídica).
estar en el comercio

En cuanto a que se este en el comercio, nos

referimos a que sean enajenables por que seria imposible jurídicamente la venta de un bien sujeto a régimen de patrimonio de familia, o un bien de la nación de los considerados históricos ó que por su naturaleza y características son únicos y por lo tanto invaluablees como la Catedral de la Ciudad de México, el Palacio Nacional, pero aún hay bienes que si bien son de propiedad privada no se encuentran en el Comercio, como el caso ya mencionado de los bienes sujetos a patrimonio de familia.

El ser determinado o determinable es que se reconozca a la cosa por su especificación puesto que genéricamente no podria dar origen al nacimiento del objeto y por tanto el contrato que llegare a celebrarse seria inexistente de pleno derecho pues le faltaria un elemento esencial el objeto directo.

Por cuanto a los tipos de obligaciones que son objeto del contrato las podriamos clasificar de la siguiente forma.

OBLIGACIONES DE DAR.

Traslativas de dominio.

Traslativas de uso.

Restitución de cosa ajena.

Pago de cosa debida.

OBLIGACIONES DE HACER

Prestación llevada a

O NO HACER

cabo por cuenta propia,
y a suplencia por un
tercero
Posible Jurídicamente
Que sea lícito.

Al decir que un objeto (directo) debiera ser lícito nos referimos a que una norma jurídica no constituya un obstáculo para el surgimiento de una obligación aún siquiera sin llegar a pensar que se violara dicha norma, sino solamente por el hecho de la existencia de la norma misma daría pie a la imposibilidad de la ejecución del acto.

De todo lo anterior se establece que cuando a un contrato le falten alguno de los elementos de carácter esencial este sería inexistente.

C. ELEMENTOS DE VALIDEZ.

El artículo 1832 establece que la formalidad no afectará la validez de los contratos, cuando se establezca la forma en que quisieron obligarse las partes, salvo los casos en que la Ley determine específicamente la forma que deban cumplir.

LA CAPACIDAD.

Al hablar de la capacidad el Código Civil es laconico al decir que son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la Ley, artículo 1798, pero el artículo 1800, nos dice que se podra hacer a través de un tercero legitimado en términos de Ley, y el artículo 1802, concluye que el no cumplir con los requisitos necesarios para una legítima representación hara nulos los contratos así celebrados.

Por lo que tenemos, que por ser la capacidad un elemento de válidez, es la capacidad un elemento que nos daría la existencia del contrato el cual es posible que sea ratificado y que si bien al momento del otorgamiento de este no se cuenta con capacidad suficiente, pues llegado su momento se podra ratificar el contenido, esto es que se convalidara de manera retroactiva el contrato, o por otro lado la ineficacia que así afecto al contrato puede prescribir con el paso del tiempo.

El Código Civil en su artículo 450 dice que son incapaces los menores de edad, los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo ó imbecilidad aún cuando tengan intervalos lucidos, los sordomudos que no saben leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas o enervantes.

Sin embargo consideramos que el artículo

anteriormente invocado se refiere a la capacidad de ejercicio, pero sin embargo la capacidad de goce no les está negada a estas personas inclusive, pues es el caso que aunque no puedan contratar por sí mismos estas personas si podrán hacerlo por quien ejerza la patria potestad, sean curadores ó tutores sin perjuicio de que estos deban de obtener Licencia de la autoridad competente quién vigilara el desempeño de el que ejerce la patria potestad, el tutor, el curador, quienes no podrán nunca dañar la esfera patrimonial del incapacitado.

Sin embargo nos encontramos una pequeña excepción a la regla en el caso del testamento, puesto que el menor de edad generalmente de 14 ó 16 años podrá otorgar testamento por sí mismo, podrá ser acreedor a derechos agrarios sin intervención de su representante, siempre y cuando para el caso de derechos agrarios, cumpla con ciertos y determinados requisitos que así establece la legislación agraria en su artículo 72 fracción VII inciso a).

Otro aspecto de la capacidad es el que tenemos en la personalidad del apoderado quién en cumplimiento de las instrucciones de su mandante deberá de ejercitar en representación de este los actos, hechos y contratos que aquel le hubiese encomendado, para lo cual habrá de estar habilitado con poder amplio y bastante para tener la capacidad suficiente a fin de desarrollar su mandato, hemos

de tomar en cuenta que el otorgante del poder podrá ser una persona física, o moral quien debiera actuar a través de su legítimo representante quién en el acta constitutiva debiera de estar reconocido con amplios poderes de representación y por tanto con la capacidad suficiente de ejercicio, aunque como ya hemos comentado la capacidad de goce y la de ejercicio, tenemos aquí en este caso de las personas morales que es una dualidad pues la capacidad de goce recae en la empresa, y por tanto en la asamblea de accionistas y la de ejercicio en el Administrador Unico ó Presidente de Consejo de Administración y en todo caso en sus apoderados.

LA FORMA.

Por cuanto a la forma como elemento de validez de los contratos señalamos anteriormente que el contrato será existente siempre y cuando se haga evidente la manera que quisieron contratar las partes que por tanto no se requiriera mayor formalidad que las que establece la Ley, para lo cual comentaremos que al efecto el Código Civil establece que los contratos que versen sobre bienes inmuebles en los que la cuantía sea de ciertas y determinadas cantidades deberán de constar en escritura pública resumiendo tales disposiciones en el presente cuadro.

CONCEPTO.

VALOR DE AVALUO.

| | | |
|-----------|--|-----------------|
| ART. 730 | Patrimonio de Familia | 3650 D.S.M (17) |
| ART. 2317 | Enajenaciones y Garantías de Crédito. | 365 D.S.M |

A estos valores nos remite el artículo 1777 en su nota a pie de página que a su vez nos remite a los numerales ya invocados y que el artículo 2917 nos remite a su vez al artículo 2317 nuevamente y a lo cual el artículo 2320, también remitido por el 2917 concluye diciendo "Si el valor de avalúo del inmueble excede de 365 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en el momento de la operación, su venta se hará en escritura pública, salvo lo dispuesto por el artículo 2317".

Por separado la Ley del Notariado en su artículo 78, dice que toda enajenación de inmuebles en la cual el valor de avalúo sea superior a 30 mil pesos así como la constitución o extinción de derecho reales deberán de constar en escritura pública, y sirve de conclusión a los razonamientos antes planteados por cuanto a el consentimiento y el objeto el artículo 2224 al decir.

"El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no

(17) Días de Salario Mínimo vigente en la localidad.

produciera efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado".

Refiriéndose al consentimiento y el objeto y por cuanto a la capacidad y a la forma el maestro Rojina Villegas (18) señala.

"No hay un solo contrato de carácter patrimonial que en nuestra legislación civil exija la forma como elemento esencial del contrato".

A contrario sensu entonces se considera un elemento de validez, a la forma y a la capacidad y en cuanto a la capacidad señala claramente.

"Partiremos por consiguiente de los conceptos que ya hemos expresado respecto a la capacidad como elemento de validez del acto jurídico y a la distinción ya formulada entre capacidad de goce y de ejercicio.....La capacidad no es un elemento esencial en los contratos, toda vez que los celebrados por incapaces existen jurídicamente; son susceptibles de ratificación para quedar convalidados retroactivamente, o bien puede prescribir la ineficacia que

(18) Op. Cit. PP 93 y 127.

los afecta.....".

Y por cuanto a la forma ya ha quedado totalmente definido como se convalidara.

D. - SU PROTOCOLIZACION.

Una vez que hemos conocido cual es la función del Notario Público, que sabemos cuáles son los alcances del protocolo, en que se hacen consistir los elementos esenciales y de validez del contrato, en que condiciones deberá de celebrarse el contrato en escritura pública y en que otros podrá otorgarse en escrito privado, es aquí donde podemos definir cuales son las características de la figura que es materia de nuestro estudio, de esta manera pues, sabemos que la protocolización de el contrato privado técnicamente esta calificada como un instrumento público "Acta" y no escritura en estricto sentido; y que el Notario Público aún con su función de Fedatario Público en la que a través del ejercicio de esta se asegura que toda persona que acuda a solicitar sus servicios tendra la garantía de seguridad jurídica que le ofrece la actuación de un profesional del derecho y en el cual además reside la fé pública que le es inherente a su función y con carácter personalísimo, Bautista Pondé (19) al

(19) Bautista Pondé, Eduardo. Derecho Notarial, Editorial Ediciones de Palma, Buenos Aires 1977 Pag. 77.

decir de la indelegabilidad y autonomía de la Fé Notarial.

"Lo que es personal en la medida en que puede ser delegado o compartido, pierde personalidad".

De lo antes mencionado sabemos que estonces en cada instrumento público que se pasa ante la Fé de el Notario Público el conocimiento de este y su capacidad técnica estan aplicadas pues no se da el caso de que pueda delegar en otro su función, sean sus amanuenses, auxiliares, o personal de confianza a quienes pudiera extenderseles la capacidad de imprimirle la Fé Pública, a un documento sin la intervención del Notario pues el caso es que entones si así sucediera, seestaria viciando el ejercicio de el cargo que le ha conferido el Estado.

Es aquí pues que se tiene que considerar que la función autenticadora que ejerce el Notario Público a través de su ejercicio y que se plasma en el instrumento público imprime a su campo de acción la calidad de documento jurídicamente perfecto y digno de fé hasta que no se pruebe lo contrario y que según lo expresa N. Gatari. (20)

"Es así como auténtico es" el que obra por si mismo, el que por si mismo tiene una gran autoridad y, por

(20) N. Gatari, Carlos. el objeto de la ciencia del derecho notarial. Editorial de Palma. Buenos Aires 1969. Pag. 112.

ello, es irrefutable, Finalmente, en lenguaje jurídico, llamase auténtico, al documento fidedigno por si mismo...."

Y es precisamente como podemos decir que la dualidad que aquí mencionamos recae en la persona del Notario Público y podremos muy bien concluir como lo hace N. Gatari.
(21)

"Entendemos la autenticación como la producción de una verdad oficial; es decir, como la afirmación de la realidad de un acontecimiento; hecha por una persona, respecto a la cual el ordenamiento jurídico establece una presunción de veracidad".

De todo lo anterior se establece que el Notario al aplicar su capacidad técnica, sus conocimientos del derecho, su estricta e indeformable personalidad de autenticador y fedatario ha de construir instrumentos públicos perfectos que no admitan impugnación alguna la interrogante que obligadamente hemos de plantear es ¿El porque de la existencia de La Protocolización del Contrato Privado? y la respuesta la encontramos cuando se da el caso de que el particular en base a un inadecuado asesoramiento cae en el error de pensar que todo instrumento que pase ante

(21) Op. Cit. Pag. 118.

el protocolo de el Notario Público sea una escritura pública en estricto sentido, y este mal asesoramiento emana de consultores del derecho, que más que consultores, propiamente deberían de llamarse mercenarios del derecho pues su interes nunca será el de servir a la causa del derecho sino únicamente el interés económico, cuando aconsejan al particular quién ignorante de los alcances de la protocolización de contratos, se le hace creer que este documento tendra el carácter de escritura pública, y es por esta razón que el particular al acudir ante el Notario Público a solicitar la protocolización de el contrato privado en muy pocas ocasiones interroga a este de la naturaleza y alcances de esta figura.

A fin de hacer evidentes las características de la protocolización del Contrato Privado a continuación citamos el modelo empleado por Flores Garciamoreno (22), de protocolización de Contrato Privado para así estudiar todas las características de este.

(22) Flores Garciamoreno, Alfonso. Notario Público Número Cinco del Distrito Judicial de Texcoco, con Residencia en Ciudad Nezahualcoyotl, escritura 27,757, Vol. 557, de fecha 17 de enero de 1991.

ESCRITURA VEINTICUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE.-
VOLUMEN QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE.- EN CIUDAD NEZAHUALCOYOTL, ESTADO
DE MEXICO, a los diecisiete días del mes de enero de mil novecientos
noventa y uno, YO, ALFONSO FLORES GARCIA MORENO, Notario Público Número
Cinco del Distrito de Texcoco, con residencia en ésta Ciudad, hago
constar: LA PROTOCOLIZACION DEL CONTRATO PRIVADO DE COMPRAVENTA, a
solicitud del señor LUIS LEDESMA MARTINEZ, que a la letra dice:
 "...CONTRATO PRIVADO DE COMPRAVENTA A PLAZOS QUE CELEBRAN POR UNA PARTE
 LOS SEÑORES MARIA DE LOS ANGELES ACOSTA OBREGON Y JUAN SARQUIS
 RODRIGUEZ, REPRESENTADOS EN ESTE ACTO POR LOS SEÑORES EFREN GIL AZUARA
 Y/O JESUS AZUARA RIVERA, CONJUNTA O SEPARADAMENTE, A QUIEN EN LO
 SUCESIVO SE LES DENOMINARA "LA PARTE VENDEDORA", Y POR EL SEÑOR LOIS
 LEDESMA MARTINEZ, A QUIEN EN LO SUCESIVO SE LE DENOMINARA "LA PARTE
 COMPRADORA" SUJETANDOSE AL TENOR DE LAS SIGUIENTES DECLARACIONES Y
 CLAUSULAS.- D E C L A R A C I O N E S.- I.- Declara "LA PARTE
 VENDEDORA", bajo protesta de decir verdad, que es propietario de el
 local número 69, constituido en las casas marcadas con los número 82 y
 86 de la calle del Carmen, Colonia Centro, de la Ciudad de México, y
 terrenos sobre los cuales esta construido dicho local tiene una
 superficie de ---10.08--- metros cuadrados, y las siguientes medidas y
 colindancias: AL NORTE EN CUATRO PUNTO CERO SIETE METROS CON EL PASILLO
 COMERCIAL.- AL SUR EN CUATRO PUNTO OCHENTA Y SIETE METROS CON PASILLO
 COMERCIAL Y DOS PUNTO DOS METROS CON ESCALERA DE ACCESO AL PRIMER PISO.-
 AL ORIENTE EN UNO PUNTO TREINTA Y SIETE METROS CON EL PASILLO COMERCIAL
 Y DOS PUNTO CUARENTA Y UNO CON ESCALERA DE ACCESO.- AL PONIENTE EN TRES
 PUNTO SETENTA Y OCHO METROS CON PASILLO COMERCIAL.- II.- Sigue

declarando que el local descrito esta libre de todo gravamen y limitación de dominio, y que la propiedad la acredita con las escrituras números doce mil setecientos treinta, de fecha cuatro de febrero de mil novecientos ochenta y ocho, pasada ante la fé del Licenciado José Luis Franco Varela, titular de la Notaría Pública número Ciento Cincuenta del Distrito Federal, inscrita en el Registro Público de la Propiedad del mismo Distrito en el Folio Real número "9529076", de fecha dos de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho, y la doce mil seiscientos noventa y tres, de fecha veinticinco de enero de mil novecientos ochenta y ocho, pasada ante la fé del Licenciado José Luis Franco Varela, Titular de la Notaría Pública número ciento cincuenta del Distrito Federal, inscrita en el Registro Público de la Propiedad del mismo Distrito Federal en el Folio Real número "9057791", de fecha quince de abril de mil novecientos ochenta y ocho.- Expuesto lo que antecede los comparecientes otorgan las siguientes: C L A U S U L A S.- PRIMERA.- "LA PARTE VENDEDORA", transmite a "LA PARTE COMPRADORA", el inmueble descrito en los antecedentes de este contrato, quien lo adquiere para sí con todas las características que se han mencionado anteriormente.- SEGUNDA.- Sirve de precio a la presente operación la suma de \$20'000,000.00 (VEINTE HILLONES DE PESOS, MONEDA NACIONAL), liquidando a la firma de este contrato la suma de ~~XXXXXXXXXX~~ y el saldo insoluto, mediante OCHO mensualidades consecutivas de \$2'500,000.00 (DOS HILLONES QUINIENTOS MIL PESOS, N.N.), pagaderas el último día del mes que a cada una corresponda.- TERCERA.- Los otorgantes convienen de que el precio de enajenación es el justo y legítimo, sin que exista lesión o dolo para alguna de las partes.- CUARTA.- "LA PARTE VENDEDORA" se obliga con "LA

PARTE COMPRADORA", al saneamiento en caso de evicción y saneamiento por vicios ocultos en los términos de Ley.- *QUINTA*.- Las partes manifiestan que en caso de incumplimiento de alguno de los pagos en la forma establecida en la cláusula segunda de este contrato, se entenderá que queda rescindido en forma inmediata, aplicandose una penalización del 10% del total del valor de la operación por el incumplimiento en la obligación, y en su caso de ejecución forzosa de la rescisión, la parte compradora asumirá los gastos y costas que ello origine.- *SEXTA*.- Las partes contratantes se someten a las Leyes y Tribunales competentes del Distrito Federal, para la interpretación y controversia que por este contrato se suscitaren.- *CLAUSULA SEPTIMA*.- La parte vendedora se compromete con la parte compradora, a elevar al presente contrato a escritura pública, en un plazo no mayor de doce meses, cubriendo los gastos, costos, impuestos y demás, ambas partes, según lo establecen las leyes correspondientes.- *PERSONALIDAD*.- La acredita "LA PARTE VENDEDORA", con la copia certificada, que se agrega como anexo a este contrato, y a cada una de las copias existentes, la cual asegure no le ha sido revocada, suspendida, o en forma alguna limitada.- *GENERAL* E S.- El señor *JESUS AZUARA RIVERA*, originario de México, Distrito Federal, lugar donde nació el día diecisiete de abril de mil novecientos cincuenta y tres, soltero, comerciante, con domicilio en Retorno número diecisiete número treinta de la colonia Avante en México, Distrito Federal, con Registro Federal de Contribuyentes "AURJ-530417", y se identifica con Licencia para Conducir número "AURJ530417J3", expedida por la Dirección General de Autotransporte Urbano del Departamento del Distrito Federal.- El señor *EFREM GIL AZUARA RIVERA*, originario de

Tantoyuca, Veracruz, lugar donde nació el día primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, casado, comerciante, con domicilio en primera cerrada de Carola número treinta y cuatro, Colonia El Reloj, Distrito Federal, con Registro Federal de Contribuyentes "AURE-480901", y se identifica con Pasaporte número "A-CU-30818", de fecha veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y siete, expedido por la Secretaría de Relaciones Exteriores. El señor LUIS LEDESMA MARTINEZ, originario de Teocalco, Estado de Hidalgo, lugar donde nació el día veintinueve de agosto de mil novecientos veinticuatro, casado, comerciante, con domicilio en calle Malvas número sesenta y ocho, Fraccionamiento Jardines de Coyocacán, Código Postal número cero cuatro ocho nueve cero, en esta Ciudad de México, Distrito Federal, con Registro Federal de Contribuyentes número "LEML-240829", y se identifica con Licencia para Conducir número cero nueve nueve seis tres nueve, expedida por la Secretaría General de Protección y Vialidad del Departamento del Distrito Federal.- LEIDO QUE LES FUE A LOS CONTRATANTES QUIENES TIENEN CAPACIDAD LEGAL PARA OBLIGARSE, Y TENIENDO PLENO CONOCIMIENTO DE SU TEXTO INTEGRAL, QUEDARON CONFORMES, LA RATIFICAN Y FIRMAN PARA CONSTANCIA EN MEXICO, DISTRITO FEDERAL, A LOS DIECISIETE DIAS DEL MES DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO.- V E N D E D O R.- SR. JESUS AZUARA RIVERA SE IDENTIFICA CON LICENCIA PARA CONDUCIR No. "AURJ530417J", DIRECCION GENERAL DE AUTOTRANSPORTE URBANO DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL.- CONJUNTA O SEPARADAMENTE.- SR. EFREN GIL AZUARA RIVERA SE IDENTIFICA CON PASAPORTE No. "A-CU-30818", DE FECHA 28 DE DICIEMBRE DE 1987, EXPEDIDO POR LA SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES.- C O M P R A D O R.- EL SR. LUIS LEDESMA MARTINEZ SE

IDENTIFICA CON LICENCIA PARA CONDUCIR NO. 099639, DE LA SECRETARIA DE PROTECCION Y VIALIDAD DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL.- tres firmas ilegibles.- YO, LICENCIADO ALFONSO FLORES GARCIA MORENO, NOTARIO PUBLICO NUMERO CINCO DEL DISTRITO DE TEXCOCO, CON RESIDENCIA EN ESTA CIUDAD, C E R T I F I C O: Que el presente contrato en sus tres tantos y en cada una de las fojas que lo componen ha sido firmado ante mi y ratificado su contenido por sus otorgantes. De dicha certificación levanta en el volumen 557 el acta número 24,747.- Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México, a los diecisiete días del mes de enero de mil novecientos noventa y uno.- DOY FE.- FE DE ERRATAS.- CLAUSULA SEPTIMA.- La parte vendedora se compromete con la parte compradora, a elevar el presente contrato a escritura pública, en un plazo no mayor de doce meses, cubriendo los gastos, costos, impuestos y demás, ambas partes, según lo establecen las leyes correspondientes...- C L A U S U L A.- UNICA.- Queda protocolizado para todos los efectos legales a que haya lugar el CONTRATO PRIVADO DE COMPRAVENTA, en el cuerpo de esta escritura.- G E N E R A L E S.- El señor LOIS LEDESMA MARTINEZ, originario de Teocalco, Estado de Hidalgo, lugar donde nació el día veintinueve de agosto de mil novecientos veinticuatro, casado, comerciante, con domicilio en Calle Malvas número sesenta y ocho, Fraccionamiento Jardines de Coyocacán, México, Distrito Federal, de paso en esta Ciudad, con Registro Federal de Contribuyentes "LEML-240629", y se identifica con Licencia para Conducir número "099639", expedida por la Secretaría General de Protección y Vialidad del Departamento del Distrito Federal.- YO EL NOTARIO DOY FE: Del conocimiento y capacidad legal del otorgante; de que lo relacionado e inserto concuerda fielmente con sus originales a los que me remití y tuve a la vista; y de que

leída que fué esta escritura a el compareciente; habiéndola explicado su valor y consecuencias legales de su contenido manifestó su conformidad, la ratificó y firmó el día de su otorgamiento.- AUTORIZO DEFINITIVAMENTE ESTA ESCRITURA.- DOY FE.- LOUIS LEDESMA MARTINEZ.- RUBRICA.- ALFONSO FLORES GARCIA MORENO.- RUBRICA.- EL SELLO DE AUTORIZAR.- ES PRIMER TESTIMONIO QUE SE SACA DE SU ORIGINAL Y SE EXPIDE PARA EL SEÑOR LOUIS LEDESMA MARTINEZ, COMO INTERESADO.- VA EN TRES FOJAS DEBIDAMENTE COTEJADAS Y CORREGIDAS.- CIUDAD NEZAHUALCOYOTL, ESTADO DE MEXICO, A LOS VEINTINUEVE DIAS DEL MES DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO.- DOY FE.

Es así como señalamos que el contrato privado es un hecho generador de derechos y obligaciones, y que de acuerdo al modelo ya ilustrado es como podemos distinguir que quizás físicamente pueda tener una gran similitud con la escritura pública de la cual emana la titularidad de la propiedad de un inmueble, pero de el anterior ejemplo se establecen diferencias que más adelante haremos evidentes y que nos dan la pauta para establecer con precisión los alcances jurídicos de una simple protocolización de un contrato privado, es sin embargo importante señalar que el Notario Público como lo menciona Argentino I. Neri (23) al decir de la función del Notario.

"...La función del Notario no solamente esta limitada a recibir las manifestaciones positivas de voluntad

(23) Argentino I. Neri, tratado teórico y práctico de Derecho Notarial. Vol. III. Editorial, Ediciones de Palma, Buenos Aires 1981 1a. edición.

"...La función del Notario no solamente esta limitada a recibir las manifestaciones positivas de voluntad de los otorgantes y reducirla a formulas jurídicas expresamente determinadas, sino que es también obligadamente receptora de otros actos volitivos derivados de otras necesidades humanas; hechos humanos o naturales que, desde luego, no encajan en la categoría de relaciones contractuales, por lo mismo que se circunscriben solamente a una parte, esto es, son unilaterales; pero hechos, en suma, que por virtud de la fuerza creadora que demanda la necesidad humana, enjendran consecuencias oabalmente jurídicas..."

CAPITULO IV

PROTOCOLIZACION DEL CONTRATO PRIVADO

A. REQUISITOS

1.- Internos: Dentro de los requisitos internos que deberá de cumplir el contrato privado para su protocolización encontramos que deberá de contar en su redacción con los elementos esenciales y de validez que ya hemos señalado en el capítulo tercero y los cuáles hemos ejemplificado de manera que sea fácilmente apreciable tanto la naturaleza del contrato, como del acta en que ha sido protocolizada.

Entre los requisitos internos que deberá de cumplir el contrato deberá de carecer de vicios en el consentimiento que lo pudieren afectar es decir que en la celebración de el contrato debere existir en el ánimo de los contratantes el espíritu de estar, celebrando una operación sea de naturaleza traslativa de dominio, de uso y disfrute así como de las ya clasificadas, pero siempre con la idea de contratar en términos de la naturaleza del contrato que se esta celebrando, así pues deberá contener precio, objeto

directo (la creación de derechos y obligaciones), así como fecha y deberán contar las partes con la suficiente capacidad para contratar.

Aunque resulte demasiado obvio el decirlo el contrato deberá de estar plasmado en la dimensión papel, pues si el caso fuera de un contrato verbal no existiría la posibilidad de llevar a cabo la protocolización, ya que al acudir ante el Notario público llevaría acabo la elaboración de el Contrato, y por tanto estara obligado a darle la forma que establece la Ley, la cual si tendra el carácter de escritura pública mientras que la simple protocolización no surtira tales efectos.

Es aquí que encontramos que todo lo que posteriormente aparejo al contrato privado en poco o en nada transformara la estructura de este, pero es evidente que sin la formación de una base firme para la creación de derechos y obligaciones como lo es el contrato en si mismo, la protocolización de un documento que no cumpliera con estos lineamientos no le imprimira mayor calidad a dicho documento ni convalidara situaciones que quizás en algún momento quisieron se enmascaradas a efecto de maquillar la apariencia del documento privado carente de los más mínimos elementos generadores de derechos y obligaciones.

Otro de los requisitos internos del contrato que

ha de protocolizarse es la voluntad del compareciente de verdaderamente solo protocolizar el contrato pues el caso es que si la voluntad no existiese en ese sentido se da entonces el caso de que se ha llevado una labor de asesoramiento mal intencionado tendiente a hacer caer en un error al compareciente, a lo que el Notario deberá de negar su actuación.

Sin embargo dicha actuación en el Notario Público no será en ningún momento criticable cuando después de un concienzudo análisis se llegue a la conclusión que para ese caso específico sea la protocolización el único medio para la conservación del documento privado.

2.- Externos.- Dentro de los requisitos externos que deberá de cumplir el contrato privado para que pueda ser considerada su protocolización encontramos:

Deberá encontrarse el objeto, libre de gravámenes o cargas que limiten su esfera jurídica esto en el caso de bienes inmuebles se comprueba con la presentación de el certificado de libertad de gravámenes expedido por el Registro Público de la Propiedad y del Comercio comprobando así mismo que dicho inmueble no esta sujeto a limitaciones para su uso así como declaratorias que establezcan sobre dicho inmueble provisiones, usos, o reservas con arreglo a la Ley de Asentamientos Humanos, con la exhibición de el certificado de libertad de gravámenes también se logra

establecer que el mencionado inmueble se encuentre inscrito a nombre de quien esta enajenando dejando de esta manera a salvo los derechos de terceras personas a quienes con anterioridad se les hubiera reconocido alguna calidad con respecto a la esfera jurídica de ese inmueble.

El objeto indirecto materia de el contrato deberá así mismo estar al corriente en el pago de sus atribuciones fiscales es decir, no contar con ningun adeudo por concepto de derechos por servicio de agua, o pago del impuesto predial, de alcantarillado, así como de los pagos por concepto de carreteras y pavimentación si los causare.

Así mismo cuando se pase ante el Notario Público paralelamente a la protocolización del contrato privado la ratificación de las firmas del mismo por parte de los otorgantes a quienes deberá en este caso pedir que se identifiquen y demostrar que estan al corriente en el pago del impuesto sobre la renta; Deberá de hacer la evaluación del inmueble y hacer la retención del pago provisional de Impuesto sobre la Renta a los enajenantes, pues de lo contrario al ratificar las firmas y protocolizar el contrato se convertiria junto con los enajenantes en deudor solidario de dicho impuesto y por tanto adquiriria una responsabilidad de tipo fiscal respecto de ese inmueble.

A ese respecto Argentino I. Neri (24) establece de manera clara que si bien es cierto lo jurídicoamente perfecto es la creación por parte del Notario Público de la escritura también es cierto que en el campo del Derecho nos encontramos con la realidad de que existe otro tipo de instrumentos públicos es decir el acta notarial, y así como plantea esta idea de igual manera lo cuestiona al decir:

"En efecto: La función del Notario no solamente esta limitada a recibir las manifestaciones positivas de voluntad de los otorgantes, y a reducir las formulas jurídicas expresamente determinadas, sino que también es obligadamente receptora de otros actos volitivos derivados de otras necesidades humanas; hechos humanos o naturales que, desde luego, no encajan en la categoría de relaciones contractuales, por lo mismo que se circunscriben solamente a una parte, esto es, son unilaterales; pero hechos en suma, que por virtud de la fuerza creadora que demanda la necesidad humana enjendran consecuencias cabalmente jurídicas...Empero, ¿Esta distinción específica, es digna de ser asentida?..."

El autor mismo señala que aún siendo la escritura de protocolización una acta en la que se establece

(24) Argentino I. Neri, Trato Teórico y practico de Derecho Notarial, Volumen IV, Editorial Ediciones de Palma, Buenos Aires 1981, 1a. Edición Pag. 9 y 10.

única y exclusivamente una declaración unilateral de la voluntad, (La protocolización de un documento privado a solicitud de el interesado) también es cierto que al pasarse ante su fé dicha protocolización automáticamente será responsable el Notario Público de la verificación de el contenido del contrato privado que ante él se protocoliza, y que en este no se cometan actos contrarios a las buenas costumbres ó al Derecho y que así mismo no se convierta el adquirente en una victima de engaño por la ignorancia en el conocimiento de la secuela procedimental que le es inherente a la creación de el instrumento público.

Sin embargo también es importante mencionar que existen casos particulares en los que pudiera llegar a ser considerable el hecho de tomar en cuenta el que sea el Contrato Privado la única salida a las operaciones traslativas de dominio sobre bienes inmuebles, toda vez que en escritura pública no puedan llevarse a cabo por virtud de la existencia o inexistencia de algún elemento que impida el otorgamiento de la relación, contractual en escritura y no en acta y entre otros podemos encontrar en que el inmueble de merito no cuente con clave catastral, impediria el poder determinar si se está al corriente en el pago de contribuciones, otro caso también sería el que no se cuente con antecedente registral, esto es que no exista partida en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio y así como

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

79

un sin número de casos en los que definitivamente y ante la necesidad de la creación de la relación contractual, la escritura pública no es la salida por no poder realizarse de manera inmediata.

B.- EFECTOS.

1.- Legales.- La protocolización de el contrato privado a pesar de no ser la figura ideal para llevar a cabo operaciones traslativas de dominio según lo antes expuesto, sin embargo surte ciertos efectos legales que en determinadas ocasiones llegan a justificar su existencia, pero no por ello han de considerarse como un mecanismo seguro de contratación.

Al llevar a cabo el análisis de la Ley del Notariado, Carral y de Teresa (25) al hablar de la protocolización de instrumentos privados señalando:

"...la simple protocolizacion acreditara el depósito del documento y la fecha en que hizo aquel. Es natural que esa protocolización no pruebe la verdad del contenido del documento depositado..."

Idea que nos conduce a observar que el documento en cuanto a su contenido no sufre ninguna transformación y

(25) Op. Cit. Pág. 8.

bien es cierto que se puede determinar la fecha en que el Notario Público recibió en depósito, probando su existencia en cuanto a la dimensión tiempo, es también cierto que el Notario no podrá en ningún momento aseverar la veracidad del contenido del contrato, a pesar de que el contrato fuera ratificado ante él por los otorgantes, no con ello se convertiría en una escritura pública, es decir no perdería el carácter de un instrumento privado, pues si bien en el momento de ratificar las firmas lo otorgan el instrumento ambas partes, la protocolización estará llevada a cabo a solicitud de el adquirente de los derechos y obligaciones, llamese comprador, deudor o según sea la naturaleza del contrato privado, y aún en el caso de que la protocolización del contrato se llevara a cabo a solicitud de ambas partes, no se convalidaría la forma de dicho instrumento, toda vez que no se cumplen con los requisitos procedimentales para la creación de la escritura pública entre los que encontramos.

REQUISITOS PREVIOS A LA FIRMA:

- Solicitud de certificado de libertad de Gravámenes.
- Solicitud de constancia de no adeudos de impuesto predial y derechos por servicio de agua.
- Solicitud de avalúo bancario.
- Solicitud a las partes de la presentación de

boletas, correspondientes a predial y agua de los últimos 5 años.

-Presentación de primer aviso preventivo al Registro Público de la Propiedad.

REQUISITOS POSTERIORES A LA FIRMA:

-En su caso pago de Impuesto sobre la Renta por enajenación de Bienes Inmuebles.

-Pago en su caso de Impuesto sobre Adquisición de bienes inmuebles.

-Presentación del oficio a que se refiere el artículo 5° de la ley de hacienda del Distrito Federal.

-Presentación del 2° aviso preventivo al Registro Público de la Propiedad.

-Inscripción en el Registro Público de la Propiedad de la escritura pública.

Y al no cumplirse con las condiciones señaladas anteriormente al ratificar y protocolizar ambas partes, no podremos considerar en ningún momento que se pueda transformar el documento privado en escritura pública en estricto sentido.

La ley del notariado en su artículo 90 señala los supuestos de la protocolización de un documento y señala:

"Para la protocolización de un documento privado, el notario transcribiera en la parte relativa del acta que al efecto se asiente o lo agregara al apéndice en el legajo marcado con el número de acta y bajo la letra o número de acta y no podrá protocolizarse el documento cuyo contenido sea contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

La pregunta obligada es ¿No es la protocolización contraria a las leyes de orden público al admitir la enajenación de bienes inmuebles contrariamente a lo que señala el código civil y la ley del notariado en relación a la cuantía?

La respuesta a esta interrogante según nuestro particular punto de vista es que dicho acto no es contrario a las leyes, si no más bien es contrato preliminar, que se debiera de elevar a escritura pública.

En este mismo sentido nosotros no estamos de acuerdo con la tesis señalada por Argentino I. Neri (26) en la que establece:

(26) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y práctico de Derecho Notarial, Volúmen IV. Editorial. Ediciones de Palma y Buenos Aires 1981. 1a. Edición. P. 188.

"...El instrumento privado adquiere la fuerza de público por el "reconocimiento judicial" o por la "Protocolización" uno y otro aspecto esta sujeto a lo prescrito por las leyes de procedimiento..."

Aún a pesar de que él se refiere a la legislación Argentina, la cuál definitivamente no es acorde con la nuestra.

Es entonces que podemos resumir que los efectos legales de la protocolización del contrato privado son:

Efectos probatorios: En cuanto a la existencia histórica del documento, por virtud del depósito del mismo.

Efectos ejecutivos: Los cuáles emanan del contrato mismo y que serviran de documento base de la acción para el otorgamiento y firma de escritura por la vía judicial.

Pero ambos supuestos serán únicamente válidos y posibles cuando de acuerdo a lo que habla el tratadista Gimenez Arnau (27) el contrato protocolizado pueda probar ciertos y determinados extremos, como son:

27) Giménez Arnau, Enrique. Introducción al Derecho Notarial. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1944, 312 P.

"1.- La fecha y el hecho del otorgamiento...tanto en cuanto a los contratantes como respecto a terceros...2.- La identidad de los comparecientes. Aunque expresamente no se declare así en la ley, resulta evidente en cuanto a la identidad de los otorgantes es una parte del hecho del otorgamiento...3.- Por las mismas razones, se extiende el valor probatorio (por lo menos, con el carácter presuntivo que tiene el instrumento desde que no es prueba plena) a la capacidad de los otorgantes y ausencia de vicios del consentimiento..."

Esta forma nos determina así plenamente cuando el contrato privado protocolizado surtira así efectos probatorios y ejecutorios por consecuencia.

2.- Fiscales: La función Notarial guarda una estrecha relación con la materia fiscal pues el Notario al ser por orden de Ley retenedor de los Impuestos que se generan con motivo del otorgamiento de escrituras pasadas ante su fé se convierte en deudor solidario junto con el sujeto pasivo de la relación tributaria, la Ley del Impuesto sobre la Renta así lo establece en su artículo 103 párrafo 2o. al decir:

"...En operaciones consignadas en escrituras públicas, el pago provisional se hará mediante declaraciones,

dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se firme la escritura ó minuta. Los Notarios...calcularán el Impuesto bajo su responsabilidad y lo enterarán en las oficinas autorizadas...".

Sin embargo en cuanto a la protocolización del contrato privado el Notario no está sino únicamente transcribiendo en su protocolo un documento, pues es muy diferente el supuesto al del otorgamiento de la escritura ante él, ya que en la mayoría de los casos el enajenante, ya no acude a protocolizar el contrato y por tanto aquí ya no recae en el Notario la responsabilidad, sino en el adquirente, como más adelante lo preceptua el propio ordenamiento, esto por lo que se refiere al Impuesto sobre la Renta.

En relación al Impuesto sobre Adquisición de Bienes Inmuebles, para que pueda ser recibido el entero del impuesto el hecho generador deberá constar en instrumento público, y como ya hemos analizado la protocolización solamente es un acta en la que se plasman hechos jurídicos o bien hechos materiales, pero no actos jurídicos, que es el hecho generador del impuesto.

Así mismo el notario ya no exigira al compareciente la presentación de las respectivas boletas de pagos de impuesto predial y contribuciones por agua potable y

por servicio de alcantarillado, que ha de exigir cuando ante su fé se otorguen actos y operaciones traslativas de dominio, o bien todas aquellas que le puedan representar una responsabilidad solidaria para con el fisco.

Y finalmente el pago de derechos por la inscripción ante el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, el caso es que por no estar a lo dispuesto en la ley del Notariado en cuanto a la cuantía del negocio y a su vez por no constituir una escritura pública el contrato privado no es un documento inscribible, y por tanto no está el notario obligado a retener tales derechos, pero un caso muy diferente es el de la compraventa de acciones en acta de asamblea, respecto de sociedades mercantiles, pues en este supuesto si se deberá de mandar a inscribir en el registro público de la propiedad y del comercio dicha acta, y deberá así mismo retener los derechos por concepto de inscripción pero continuando en el mismo orden de ideas y como lo señala Arrijo Vizcaino (28) al decir:

"...Podemos concluir afirmando que el tributo nace cuando el sujeto pasivo realiza la hipótesis normativa o el hecho generador previsto en la ley tributaria aplicable

28) Arrijo Vizcaino, Adolfo. Derecho Fiscal. Editorial Themis. México, D.F., 1988, 4a. Edición pag. 92.

independientemente de que en ese momento existan o no las bases para su determinación en cantidad líquida".

Que en el caso de enajenación de acciones sería la determinación del estado financiero de las acciones en el mercado de valores, o bien un avalúo practicado por corredor público para así poder determinar el impuesto sobre la renta por la enajenación de las acciones, salvo el caso específico en que dicha enajenación se hiciera en su valor nominal el cual sería muy remoto. Y por tanto aquí si sería responsable solidario el Notario Público y Flores Zavala (29) no aclara en que consiste la responsabilidad solidaria en materia fiscal diciendo:

"Lo característico de esta responsabilidad fiscal es:

- 1.- Que la ley establece cuando un tercero falta al cumplimiento de alguna de sus obligaciones.
- 2.- Que no habrá derecho de repetición si paga el responsable solidario, por que no lo establece la ley.

(29) Flores Zavala, Ernesto. Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas. Editorial Porrúa. México D.F. 1989, 28a. Edición 505 paginas.

Y es así que tenemos que el notario por dos razones deberá estar vigilante de la retención de los impuestos que se causen, de los actos pasados ante su fe:

I.- Por la naturaleza de su función.

II.- Porque de lo contrario el terminara siendo el sujeto pagador de el impuesto.

3.- Psicológicos.- Como ya hemos hecho el análisis de la naturaleza de la protocolización del contrato privado consideramos que el particular solo acude ante el fedatario público por un error en cuanto al conocimiento de la naturaleza de dicha figura y sirve de base aunque mal fundada para su criterio personal el que cuando se firma en el protocolo de un notario público se esta otorgando la escritura pública, o bien aún a sabiendas de que dicha protocolización no es su escritura, cree y hay quienes definitivamente se encuentran en un error al afirmar que por haberse firmado en el protocolo del notario, con el tiempo se convalidaran los defectos de que adolece el otorgamiento de la relación contractual por estos medios, y es así que no son pocos los casos en que el particular tiene conocimiento pleno de los alcances de esta figura pero pretende dar sustantividad a su quizás irregular situación con respecto a la titularidad del bien materia de el contrato que considera como un primer elemento de la regularización de su situación

el protocolizar el contrato privado.

C.- Su Inoperancia.

El contrato privado en sí es únicamente el documento base de la acción para intentar en la vía judicial el otorgamiento mediante ejecución forzosa de la escritura pública respectiva, y de el análisis que ya hemos realizado de la figura conocida como "Protocolización del Contrato Privado" consideramos que esta es ya inoperante, pues cuando en la ley no se establecía el monto que debería de considerarse para llevar operaciones sobre bienes en los cuáles estas tuvieran que otorgarse en escritura pública. Si era viable llevar a cabo la enajenación mediante, documento privado y que mediante la protocolización de este se le daba una matriz contra la cuál se pudiera cotejar, pero hoy es muy distinto el supuesto que marca la ley y por tanto el protocolizar un contrato es ya insuficiente y se torna verdaderamente inoperante cuando el notario público no puede otorgar al particular por esta vía la más mínima seguridad jurídica de que el bien que se adquiriera por esta vía se encuentre libre de gravámenes o limitaciones de dominio y que así puede permanecer en lo sucesivo, pues al no poder cancelar el antecedente registral del enajenante, este continuara apareciendo ante terceros como el titular de dicho inmueble y por tanto no se podrá asegurar el que no pueda

disponer este de dicho bien y que a su vez no pudiera gravarlo, por tanto es importante señalar que hoy en día es ya inoperante la protocolización del contrato privado pues no se adecua a las condiciones de la vida moderna, y el notario en su calidad de fedatario y profesional del Derecho perito en esa, materia al protocolizar un contrato debiera llevar a cabo un análisis jurídico de dicha figura y llegar a la conclusión bien fundamentada de que el contrato privado protocolizado será la única alternativa de momento para otorgar los mínimos de seguridad jurídica que requieran las operaciones en que se transmitan o generen derechos sobre bienes y en los cuales no sea viable el otorgamiento en escritura pública y en base a esta exposición señalamos que la protocolización del contrato privado es definitivamente solo un paliativo que no otorga seguridad jurídica al compareciente y que no resuelve en manera alguna situación jurídica del solicitante.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El Notario Público en su calidad de fedatario público es la persona encargada de otorgar seguridad pública a los particulares en las operaciones que versan sobre bienes inmuebles, es así mismo un fedatario en quien la facultad del Estado de otorgar la fé pública le ha sido otorgada mediante una concesión administrativa através de la cual las aseveraciones que haga este en su actuar legítimo deberán ser consideradas como ciertas puesto que el Estado le impone tal calidad a las mismas toda vez que haya sido calificado entre otros desde el punto de vista intelectual, físico y técnico para el desempeño de tal encomienda.

SEGUNDA.- El protocolo es el campo de acción de el Notario Público através del cual su acción puede ser evaluada comprobada y se hace evidente que su actuar en el desempeño del otorgamiento de la fé pública sea ordenado, transparente y sistematizado, dicha sistematización se hace firme através de las figuras que son el apéndice, índice el archivo en sus dos modalidades de previo y posterior a la firma y es através de la evolución de estos sistemas que la función notarial apoyada en el protocolo y de sus derivaciones que son propiamente el testimonio tanto de los

instrumentos acta o de los instrumentos contrato.

TERCERA.- El Contrato Civil es el sistema através del cual se realizan las operaciones sobre bienes inmuebles, cada uno con diversa naturaleza y es en los contratos en su modalidad de Escritura Pública donde se otorga la seguridad jurídica absoluta en las operaciones sobre los bienes ya mencionados es sin embargo el Contrato Privado el antecedente primero de dicha figura, y en su evolución através de la historia desde el antiguo Egipto atravesando por su evolución en Grecia y finalmente en nuestro primer antecedente formal que es el Derecho Romano donde se fundamenta el estilo y forma del Contrato Civil en sus diversas modalidades, pero es el caso que esa figura en la actualidad no cumple ya con los requisitos de forma para la transmisión de propiedad de bienes inmuebles puesto que la actual legislación hace imposible la contratación sobre inmuebles mediante esta figura.

CUARTA.- La protocolización del Contrato Privado es a nuestro particular punto de vista una figura inoperante en razón de que si el Contrato Privado no es ya una figura idónea para la contratación sobre bienes inmuebles y toda vez que la protocolización del mismo en nada modifica la esfera jurídica, y que sin embargo por el aspecto externo del instrumento público acta en el cual se hace constar la protocolización del Contrato Privado, que puede ser

susceptible de ser confundido por persona no conocedora del derecho con la Escritura Pública en su modalidad de contrato a través de la cual el Notario Público al realizar la redacción completa del contrato y verificar la realización de cada una de las etapas procesales de la construcción del justo y legítimo título en el cual puedan ser llevadas a cabo estas operaciones, que por su similitud aparente se puede prestar por parte de asesores inescrupulosos que a través de un asesoramiento doloso hagan caer en una equivocación al particular haciéndole pensar que la simple protocolización de un Contrato Privado es su Escritura pública, es decir su justo y legítimo título de un determinado contrato sobre bienes inmuebles.

QUINTA.- El Contrato Privado al ser protocolizado genera obligaciones fiscales, las cuales por no ser el Notario Público retenedor en forma directa, y en virtud de la ignorancia de las partes estas al no hacer la declaración de dichos impuestos se constituyen en evasores fiscales.

SEXTA.- La imposibilidad de llevar a cabo la inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del acta mediante la cual se protocoliza el Contrato Privado, deja al adquirente en una total inseguridad jurídica puesto que el bien así transmitido seguiría estando inscrito a nombre de el enajenante quien si

podría llegar a enagenarlo ó gravarlo, al no tener conocimiento de alguna otra operación el registrador de la Propiedad.

SEPTIMA.- La protocolización del Contrato Privado hace evidente unicamente la existencia del contrato, desde la fecha en que fué protocolizado ante el Notario Público pues este queda depositado en su archivo.

OCTAVA.- Al tenerse protocolizado su Contrato Privado se cuenta con la certeza de su inalterabilidad a partir de su protocolización.

NOVENA.- El Contrato Privado protocolizado al no contar con los elementos de forma y fondo de la Escritura Pública, debiera ser unicamente considerado como documento base de la acción, para que mediante la vía judicial pueda elevarse a Escritura Pública, cuando no se cuente con la anuencia de las partes que se constituyeren en incumplimiento de la obligación en el contrato contemplado.

DECIMA.- Al establecer tanto el Código Civil como la ley del Notariado las cuantías en las que podra contratarse sobre bienes inmuebles, y al no poder llevarse a cabo en Contrato Privado debiera de desaparecer esta costumbre, puesto que en nada mejora la esfera jurídica del contrato por si solo y jamas podra suplir a la Escritura Pública.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Argentino I., Neri.
Tratado Teorico y Practico de Derecho Notarial.
Volúmen I.
Editorial Ediciones de Palma.
Buenos Aires 1981.
1a. Edición.
634 Pag.
- 2.- Argentino I., Neri.
Tratado Teorico y Practico de Derecho Notarial.
Volúmen III.
Editorial Ediciones de Palma.
Buenos Aires 1981.
1a. Edición.
1213 Pag.
- 3.- Argentino I., Neri.
Tratado Teorico y Practico de Derecho Notarial.
Volúmen IV.
Editorial Ediciones de Palma.
Buenos Aires 1981.
1a. Edición.
545 Pag.
- 4.- Arrijoja Vizcaino, Adolfo.
Derecho Fiscal.
Editorial Themis.
México, D.F. 1988.
4a. Edición.
348 Pag.
- 5.- Avila Alvarez, Pedro.
Estudio de Derecho Notarial.
Editorial Montecorvo.
Madrid 1982.
5a. Edición.
476 Pag.
- 6.- Bañuelos Sánchez, Froylan.
De la interpretación de los Contratos y de los testamentos.

Editorial Cardenas Editor y distribuidos.
México, D.F. 1979.

2a. Edición.

632 Pag.

7.- Bañuelos Sánchez, Froylan.

Derecho Notarial.

Editorial Cardenas Editor y Distribuidor.

México, D.F. 1984.

3a. Edición.

1067 Pag.

8.- Bautista Pondé, Eduardo.

Derecho Notarial.

Editorial Ediciones de Palma.

Buenos Aires 1977.

369 Pag.

9.- Carral y de Teresa, Luis.

Derecho Notarial y Derecho Registral.

Editorial Porrúa.

México, D.F. 1986.

259 Pag.

10.- Flores Zavala, Ernesto.

Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas.

Editorial Porrúa.

México, D.F. 1989.

28a. Edición.

505 Pag.

11.- García Maynez, Eduardo.

Introducción al Estudio del Derecho.

Editorial Porrúa.

México, D.F. 1978.

414 Pag.

12.- Gimenez Arnau, Enrique.

Introducción al Derecho Notarial.

Editorial Revista de Derecho Privado.

Madrid 1944.

312 Pag.

13.- Gutierrez del Solar y Bragado, Eduardo.

La Fé Pública Extranotarial.

Editorial Revista de Derecho Privado.
Madrid 1982.
302 Pag.

14.- Martínez Segovia, Francisco.
Función Notarial Ediciones.
Jurídicas Buenos Aires 1961.
350 Pag.

15.- N. Gattari, Carlos.
El objeto de la Ciencia del Derecho Notarial.
Editorial de Palma.
Buenos Aires 1969.
153 Pag.

16.- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo.
Derecho Notarial.
Editorial Porrúa.
México, D.F. 1981.
394 Pag.

17.- Rojina Villegas, Rafael.
Compendio de Derecho Civil.
Volúmen IV (Contratos).
Editorial Porrúa.
México, D. F. 1986.
10a. Edición.
535 Pag.

18.- Soto Alvarez, Clemente.
Introducción al Estudio del Derecho.
Lecciones del Derecho Civil.
Curso Gráfico.
Editorial Limusa.
2a. Edición, México, D.F. 1979.
395 Pag.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS.

**1.- Flores García-moreno, Alfonso.
Notario Público Numero Cinco del Distrito
Judicial de Texcoco, con residencia
en Ciudad Nezahualcóyotl.
Escritura Numero 27,757, Vol. 557.
de fecha 17 de enero de 1991.**

LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- Código Civil vigente para el Distrito Federal.**
- 2.- Ley del Notariado para el Distrito Federal.**
- 3.- Ley del Impuesto sobre la Renta.**