



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN**

**LA IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO,
EN LA INTERVENCIÓN DE LOS
CONTRATOS CREDITICIOS**

T E S I S

Para obtener el título de Licenciado en Derecho

P r e s e n t a :

**V a l e r i a V e l v e t D e
L i z a r d i B á e z**

ASESOR: Mtro. Mauricio Sánchez Rojas.

MÉXICO 2006



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 esta 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.

A R A D F C M F N J O S

*Universidad Nacional Autónoma de México
y a la Facultad de Estudios Profesionales Aragón*

*A mis padres y hermano
Quiero que sientan que el objetivo logrado también es suyo
y que no existirá una forma de agradecerles
toda una vida de sacrificios y esfuerzos, los quiero mucho.*

*A Miguel Ángel Fraire Benítez
Con cariño y admiración,
gracias por tu apoyo incondicional,
este logro también es tuyo.*

*Lic. Eric Pulliam Aburto
Notario Público 196 del Distrito Federal.
Agradezco su apoyo, por haberme proporcionado
la información necesaria para la realización de este trabajo.*

*Mtro. Mauricio Sánchez Rojas
Mis más sinceros agradecimientos
por destruir los obstáculos en la realización
de este trabajo.*

LA IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO, EN LA INTERVENCIÓN DE LOS CONTRATOS CREDITICIOS

ÍNDICE DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO.

CONCEPTOS GENERALES

1.1 Antecedentes del notariado latino	1
1.1.1 Época precortesiana	1
1.1.2 Época de la conquista	3
1.1.3 Época de la colonia	4
1.1.4 Época de México independiente	8
1.1.5 México actual	14
1.2 Concepto de notario	20
1.3 La función del notario	21
1.4 Características principales del notariado latino	25

CAPÍTULO SEGUNDO.

LA IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO

2.1 Principios del notario	29
2.1.1 La función notarial	29
2.1.3 Finalidad de la función notarial	33
2.1.3 Características de la función notarial	35
2.2 Definición de imparcialidad	39
2.3 La imparcialidad del notario en la Ley del Notariado para el Distrito Federal	46

CAPÍTULO TERCERO.

INTERVENCIÓN DEL NOTARIO EN LOS CONTRATOS CREDITICIOS.

3.1	Concepto de contrato	50
3.2	Elementos del contrato	52
3.2.1	Elementos de existencia	53
3.2.2	Requisitos de validez	57
3.3	Contrato de adhesión	64
3.3.1	Concepto	64
3.3.2	Naturaleza	65
3.3.3	Seguridad jurídica	66

CAPÍTULO CUARTO.

LA IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO EN LA INTERVENCIÓN DE LOS CONTRATOS CREDITICIOS.

4.1	Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia al Crédito Garantizado	71
4.1.1	Antecedentes	
4.1.2	Obligaciones del notario en la Ley	73
4.1.3	Obligaciones del notario en las Reglas	76
4.2	Protección de los deudores en los contratos de crédito	82
4.3	¿El notario podrá participar en una asesoría más parcial hacia el deudor?	94

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

SIGLAS Y ABREVIATURAS

CC	Aguilar Carvajal, Contratos Civiles.
DN	Ávila Álvarez, Derecho notarial.
DN.	Bañuelos Sánchez, Derecho notarial.
DNR	Carral y de Teresa, Derecho notarial y registral.
DJ	Diccionario jurídico.
DOF	Formalización de los contratos de adhesión.
EJM	Instituto de Investigaciones Jurídicas
CC	Pérez Fernández del Castillo, Contratos Civiles.
ET	Pérez Fernández del Castillo, Ética notarial
INM	Pérez Fernández del Castillo, Iconografía notarial mexicana.
DN	Ríos Hellig, Derecho notarial.
CPA	Ruiz de Chávez y Salazar, Contratos por Adhesión.
CPA	Tapia Rodríguez, Contratos por adhesión.
CPACG	Vallespinos, Contrato por adhesión a condiciones generales.
CC	Zamora y Valencia, Contratos civiles.

INTRODUCCIÓN

Una de las instituciones de mayor tradición profesional es la del notariado. Su actuación a través del tiempo ha dejado huella de seguridad jurídica y confianza en los distintos niveles sociales.

La presente investigación constará de cuatro capítulos, será documental, sucinta, clara y objetiva acerca de los orígenes y razones del ejercicio notarial en la intervención de contratos crediticios, así como de las distintas etapas en que tal actividad se ha desarrollado, de manera particular en México.

Ahora bien, la institución notarial no se debe a su eficacia y valor, coyunturas o accidentes actuales, sino, al producto de una larga evolución, sus antecedentes se iniciaron en la oscuridad de los primeros tiempos de la escritura.

La escritura tiende a satisfacer necesidades innegables al espíritu humano desarrollado, tales como la seguridad en la comunicación jurídica, el orden y la tranquilidad.

El legislador en todos los tiempos ha buscado la manera de que las funciones notariales se ejerzan de manera imparcial. Cuando el notario actúa debe hacerlo libre de cualquier nexo que le impida aconsejar a las partes y redactar los instrumentos con intereses distintos a los de la equidad, la justicia y la seguridad jurídica.

La imparcialidad del notario a través de los tiempos se ha visto afectada, tal es el ejemplo del contrato de adhesión, que es un fenómeno característico de nuestro tiempo. Puede decirse que estamos en presencia de un contrato de este tipo cuando el clausulado ha sido determinado unilateralmente por una de las partes, de tal suerte a la otra parte sólo le queda la opción de aceptar el contrato tal como se lo propone.

Es entonces cuando cobra importancia la imparcialidad del notario, esta institución, a través de la redacción de contratos jurídicos y actos jurídicos, actuará imparcialmente protegiendo los intereses de las partes.

En el caso de la Ley de Transparencia y Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado, busca que la desconfianza de los deudores hacia las entidades financieras, se solucionen formalizando los contratos que estas mismas les otorgan.

Sin embargo, la Ley de Transparencia y Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado tiene serias deficiencias, que no van a permitir que la actuación notarial sea utilizada de la mejor manera para lograr el equilibrio de las partes en los contratos regulados por esta misma.

En resumen, la imparcialidad del notario debe comprender con exactitud la normatividad jurídica establecida en la Ley del Notariado vigente para el Distrito Federal, y la manera en que esta opera y soluciona las diferencias entre las partes contratantes, por lo tanto, es necesario conocer la actuación del notario en la intervención de los contratos crediticios y la consecución de las normas establecidas para las partes contratantes.

LA IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO, EN LA INTERVENCIÓN DE LOS CONTRATOS CREDITICIOS

CAPÍTULO PRIMERO CONCEPTOS GENERALES

1. 1 ANTECEDENTES DEL NOTARIADO LATINO.

En este capítulo se hace mención de los acontecimientos y legislaciones que han destacado en el nacimiento y evolución del notariado latino.

El origen y la evolución de la organización notarial en el Derecho Mexicano, se inicia en la siguiente forma:

1. 1. 1 Época precortesiana.

“En la América descubierta por Colón en 1492, alguno de los pueblos que la habitaban, participaban de la cosmovisión cultural común al género humano. Sus conocimientos astronómicos, arquitectónicos, agrícolas y comerciales: su capacidad escultórica y su habilidad artesanal les permitió desarrollarse culturalmente, unos más que otros. No contaban con un alfabeto fonético, su escritura era ideográfica, por medio de la cual hicieron constar varios acontecimientos, como simples noticias, el pago de tributos y las operaciones contractuales. Entre los pueblos que habitaban la región que hoy constituye la República Mexicana, estaba los aztecas, toltecas, mixteco-zapotecas, otomíes y mayas.

A pesar de sus diversos sistemas de vida, costumbres e instituciones, existían características comunes reformadas por el predominio del pueblo azteca, éste último fue el más agresivo, el conquistador y el dominador, impuso parte de su sistema de vida, principalmente sus instituciones. Se asentó en Tenochtitlan territorio que actualmente es el centro de la ciudad de México”¹.

En Tenochtitlan, antes del descubrimiento de América, no existieron en realidad notarios o escribanos en el sentido que se puede entender en la época contemporánea, funcionarios públicos que dieran fe de los acontecimientos y de los actos jurídicos en nombre del Estado, de tal manera que todo lo asentado por ellos se considerara la verdad legal. Sin embargo, había un artesano, el tlacuilo, a manera del escriba egipcio, de los escribas en Israel, de los memones en Grecia, todos ellos personajes hábiles para escribir. La práctica en la redacción de contratos, relación de hechos y sus conocimientos legales, los habilitaba para confeccionar documentos y asesorar a los contratantes cuando se necesitaba concertar una operación, sin tener el carácter de funcionarios, ni de fedatarios. “Así, el tlacuilo, por la actividad que desempeñaba, es el antepasado del escribano por su ocupación coincidía con la de los escribas, *tabularii*, *cancelarii* y *tabeliones* de la antigüedad. El tlacuilo era el artesano azteca que dejaba constancia de los acontecimientos por medio de pinturas que permitían guardar memoria de los hechos y acontecimientos de una manera creíble”².

¹ Bañuelos Sánchez. DN. p. 89.

² Pérez Fernández del Castillo, INM. pp.16-18.

Para Cecilio Robelo en su diccionario de Aztequismos dice: Tlacuilo: escribano o pintor. El que tenía por profesión pintar los jeroglíficos en que consistía la escritura de los indios. Este aztequismo sólo se usa en las Crónicas e Historias, al hablar de las pinturas de los indios.

1. 1. 2 Época de la conquista.

Es importante señalar que durante la época de la Conquista, los escribanos como fedatarios dejaron constancia escrita de la fundación de ciudades, de la creación de instituciones, de los asuntos tratados en los cabildos y otros hechos relevantes para la historia de esta época. Cabe hacer mención que entre los integrantes de la expedición realizada por Cristóbal Colón.

Ahora bien, los escribanos durante esta época, tuvieron una señalada intervención en todo tipo de actos, la cual fue avalada con singular relevancia por el propio Hernán Cortés, quien jugó un papel preponderante en la vida institucional y el desarrollo de la escribanía en México. A este caudillo se le conoce más por sus hazañas guerreras, pero sus acciones en otros ámbitos las manejó con especial tino, por su vasta preparación y algunos cargos relacionados con el arte de la escribanía: fue estudiante de letras en la Universidad de Salamanca, más tarde fungió como escribano en Valladolid y un año más tarde en Sevilla, de allí se trasladó a la Española, actualmente Santo Domingo, en donde desempeñó al cargo de escribano por cinco años en la Villa de Azúa. La actividad de escribano le dio experiencia para realizar requerimientos, diligencias judiciales, constitución de ayuntamientos, sesiones de cabildo, etcétera,

quedando constancia fidedigna de todos los actos realizados durante la Conquista, situación que no se dio en otros lugares con otros conquistadores de América.

Durante la conquista, los escribanos como fedatarios dejaron constancia escrita de la fundación de ciudades, de la creación de instituciones, de los asuntos tratados en los cabildos y de otros hechos relevantes para la historia de esta época.

1. 1. 3 Época de la Colonia.

El período del Virreinato, llamado así por algunos autores coloniales³, no es uniforme en los tres siglos que lo comprenden, pues existe cambio y evolución en las ideas económicas, políticas y sociales. Analizando el desarrollo del Virreinato, pueden establecerse actitudes y formas de vida que difieren de un siglo a otro, por lo que podría ser clasificada en tres etapas: en la primera, los conquistadores se dedicaron a organizar la vida política, religiosa y económica de la Nueva España. En la segunda se destaca la estabilidad económica y jurídica; las instituciones como la Audiencia, el Virreinato, la Real Hacienda, las Alcaldías, funcionaban regularmente. Una última fase es de inquietud y convulsión provocada primero, con el desvanecimiento de las ideas del derecho divino de los reyes.

³ Cfr. Pérez Fernández del Castillo, INM p. 24.

No obstante los cambios económicos, políticos y sociales, los escribanos desempeñaron un papel importante. La permanencia de la institución daba seguridad jurídica y continuidad en los negocios, constituyendo un factor valioso de recaudación fiscal, sin el cual las fianzas públicas progresarían.

Durante esta época, los escribanos eran nombrados por el rey, como se disponía en las Siete Partidas del rey legislador Alfonso X el Sabio en el siglo XIII: quienes debían tener las siguientes cualidades; leales, buenos y entendidos deben ser los escribanos de la Corte del Rey y que sepan escribir.

Posteriormente se fue creando un derecho indiano por medio de cédulas, provisiones, ordenanzas e instrucciones reales, que resolvían casos concretos. Estas determinaciones se compilaron y ordenaron en lo que se denomina Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias.

Durante la Colonia el término escribano público se utilizaba tanto para referirse a su función pública como a su cargo o adscripción: escribano público de diligencias, escribano público de número, escribano público real, escribano público de la Real Hacienda, escribano público del oficio de hipotecas y escribano público de cabildo.

Este término también fue utilizado por otros funcionarios que eran fedatarios única y exclusivamente en el desempeño de funciones específicas, por ejemplo: escribanos de Cámara del Consejo Real de las Indias.

En cambio, el significado de la palabra notario se refería a los escribanos eclesiásticos, regulados por el Derecho Canónico, quienes tenían como jurisdicción los asuntos propios de la Iglesia en los obispados y parroquias: se dividían en notarios mayores y notarios ordinarios.

Las leyes de Castilla tuvieron una rápida incorporación en la Nueva España, y es natural que con la presencia y la influencia del conquistador no tardasen en aplicarse las de la práctica notarial. Así vemos que el 9 de Agosto de 1525 se abre el volumen primero del protocolo de Juan Fernández del Castillo, siendo éste el protocolo más antiguo que se encuentra en el Archivo General de Notarías del Distrito Federal.

La legislación aplicable a la Nueva España y demás tierras conquistadas, fue inicialmente la vigente de Castilla, que fue complementada por Cédulas, Provisiones, Ordenanzas o Instrucciones Reales que resolvían casos concretos, reunidos en la llamada Recopilación de Indias.

“Desde 1573 los escribanos de la Ciudad de México, decidieron tomar una cofradía que llamaron de los evangelistas, cuyas producciones y licencias son del año de 1592. Estaba integrada por los escribanos y por sus familias, con la finalidad de auxiliar moral y económicamente a sus cofrades en forma de una incipiente mutualista que protegía económicamente a sus familiares en caso de defunción.

Un grupo de escribanos de la Ciudad de México inició en 1776 gestiones ante el Rey para regir su colegio de escribanos, semejante al establecido en Madrid. La Real Audiencia y el Consejo de Indias intervinieron en la

redacción de la constitución, las cuales, corregidas debidamente, fueron aprobadas, y el 22 de junio de 1792, el Rey Felipe V, le participa a la Audiencia de México haber concedido a los escribanos de cámara, a los reales y a los demás, autorización para que pudieran establecer colegio con el título del Real, bajo la protección del Consejo de Indias, autorizado para usar sello con armas reales y gozando de privilegios correspondientes”⁴.

La Real Audiencia fundó el 24 de enero de 1793 una Academia de Enseñanza Notarial, a la cual debían concurrir cuando menos dos veces por mes los aspirantes a escribanos, así como también crea el cargo de revisor de protocolo a fin de que los que lo tuviesen en desorden, lo arreglasen inmediatamente, otorgaba certificados de competencia para el ejercicio del cargo e inclusive formó una biblioteca para uso y preparación de los estudiantes y de los escribanos. En los siglos XVI y XVII los protocolos se componían de cuadernos sueltos, que posteriormente cosidos, eran encuadernados por los escribanos. Los cuadernos, normalmente, se inician con una portada en la que consta una fórmula de apertura, concebida en estos términos: Año, registro de escrituras, testamentos, obligaciones y poderes otorgados ante el escribano, ya sea escribano real o escribano público en todo el año; al final de los mismos se inserta una fórmula de cierre, en la que el funcionario hace constar que los documentos registrados pasaron y fueron otorgados en su presencia, insertando a continuación su signo y firma.

⁴ Cfr. Bañuelos Sánchez, DN. p. 94

Este Real Colegio de Escribanos de México, se cree que es el primero fundado en el continente, ha funcionado ininterrumpidamente desde su fundación y actualmente se llama y conoce por Colegio de Notarios de la Ciudad de México.

1. 1. 4 Época de México Independiente.

“La independencia de la Nueva España se declaró la noche del 15 de septiembre de 1810 por el Cura Don Miguel Hidalgo y Costilla, consumándose la misma el 27 de septiembre de 1821 por don Agustín de Iturbide. Pero en 1812 entró vigor, en forma precaria, la Constitución de Cádiz, por la situación política que provocó el movimiento de Independencia”⁵.

Más tarde las Cortes Españolas como poder legislativo expidieron el 9 de octubre de 1812, un decreto sobre Arreglo de Tribunales y sus Atribuciones, concediendo a las audiencias algunas facultades en materia de exámenes y arancel para escribanos.

Es a partir de la independencia, cuando se hace obvio, por el régimen político imperante de la República Mexicana, haber fluctuado entre el federalismo y centralismo, cuando el federalismo ha sido el sistema, la materia notarial es local, cuando el régimen ha sido el centralismo, las disposiciones notariales son generales, de la aplicación en todo el territorio.

⁵ Pérez Fernández del Castillo, INM p.96.

Continuó la costumbre colonial de los oficios públicos vendibles y renunciables entre los cuales se encontraba la escribanía. Era esta forma de ingreso a dicha función, una manera de proporcionar impuestos y derechos al Erario.

Igualmente bajo la vigencia de la Constitución de 1824 se dictaron algunas disposiciones aplicables a los escribanos, entre otras se mencionan las siguientes:

1. Decreto del 13 de noviembre de 1828.- Providencia de la Secretaría de Justicia comunicada a la Hacienda, que se dé noticia de los oficios de escribanos vendibles y renunciables con todos los pormenores que en la misma se expresan.

2. Circular de la Secretaría de Justicia del 1º. de agosto de 1831.- Publicó los requisitos para obtener el título de escribano en el Distrito Federal y Territorios, en la que se asienta textualmente: El depósito de la fe pública que se hace en los que obtienen título de escribano, exige de ellos un fondo de instrucción práctica y una muy acreditada probidad en sus costumbres, como que su ministerio tiene por objeto autorizar, asegurar y guardar los secretos y los derechos e intereses más importantes de los ciudadanos y las funciones más serias y augustas de los magistrados encargados de la administración y orden público.

3. Circular de la Secretaría de Justicia de 21 de mayo de 1832.- Publicó las prevenciones acerca de oficios públicos vendibles y renunciables que se sirvan interinamente.

4. Decreto de 30 de noviembre de 1834.- Otra de las primeras disposiciones legales referentes al escribano, se encuentra en este decreto sobre la Organización de los Juzgados del Ramo Civil y del Criminal en el Distrito Federal. Disponiendo que en cada juzgado de lo civil deberán existir anexos dos oficios públicos, vendibles y renunciables, servidos por los escribanos propietarios de ellos, o por sus sustitutos cuando proceda, conforme a lo establecido por la Ley.

5. Ley para el Arreglo Provisional de la Administración de la Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común de 23 de mayo de 1837.- Conforme al Artículo 55 de esta Ley, el 12 de febrero de 1840 se expidieron los aranceles de los honorarios y derechos judiciales que se han de cobrar en el departamento de México, por sus secretarios y empleados de su superior tribunal y escribanos. En este arancel quedan específicamente determinados todos los actos del escribano que estaban sujetos al arancel: en caso de juicio verbal, por proveído que recayere a escrito con que den cuenta a los escribanos, por las declaraciones, confesiones y careos, por la asistencia a almonedas, remates, juntas, vista de ojos, por la autorización del auto de nombramiento de medidores, apreciadores u otros cualquiera peritos.

“Para esta época había tres clases de escribanos: nacionales, públicos y de diligencias: los primeros son los que habiendo sido examinados y aprobados por la Suprema Corte de Justicia en el Distrito o por los tribunales superiores en los Estados. Los *públicos* son aquellos que tienen oficio o escribanía propia, en la que protocolan o archivan los

instrumentos que ante ellos se otorgan. Los *escribanos de diligencias*, son los que practican las notificaciones y demás diligencias judiciales”⁶.

6. Decreto de 30 de noviembre de 1846.- Determina, la forma de sus actuaciones y funciones de los escribanos públicos y de diligencias en materia civil.

7. Orden de 29 de diciembre de 1849.- Por esta disposición se impone a los escribanos la obligación de registrar su firma y signo para hacer posible la certificación de los documentos por ellos autorizados.

8. Decreto de 28 de agosto de 1851.- Reitera la necesidad de matricularse en el Colegio de Escribanos de México.

9. Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común de 1853.- Expedida el 16 de diciembre de ese mismo año, durante la presidencia de Antonio López de Santa Ana, misma que estuvo vigente en todo el país.

Conforme a esta última disposición, los escribanos se encontraban integrados dentro del poder judicial. Asimismo, continuaron existiendo los oficios públicos vendibles y renunciables. Para ejercer el cargo de escribano se requería:

I. Ser mayor de veinticinco años.

⁶ Pérez Fernández del Castillo, INM p. 96.

II. Haber estudiado, previo examen de escritura de forma clara, gramática castellana y aritmética, dos años escolares, una de las materias de derecho civil, que tienen relación con el oficio de escribano, y otro de la práctica forense ó sustanciación civil y criminal y otorgamiento de documentos públicos.

III. Haber practicado dos años, después del examen de segundo curso, en el oficio de algún escribano público matriculado, ó escritorio de algún secretario de tribunal superior, ó en el estudio de algún abogado incorporado, y haber cursado un año en la academia del colegio de escribanos, los que hicieren su práctica en México.

IV. Acreditar con información judicial, honradez, fidelidad, buena fama y vida y costumbres.

V. Haber sido examinado y aprobado en México por el supremo tribunal, en los Departamentos por los tribunales superiores colegiados.

VI. Haber obtenido el título correspondiente del supremo gobierno.

Asimismo, esta ley termina con la variedad de nombres que se empleaban para designar a los escribanos. Artículo 317. Los escribanos recibidos é incorporados conforme a esta ley ó a las anteriores, no tendrán otra denominación que la de escribanos públicos de la nación.

10. Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano de 30 de diciembre de 1865.- Durante el Imperio de Maximiliano, por primera vez se adopta el término de notario en sustitución del de escribano; esta última palabra se refería a lo que actualmente son el Secretario y el Actuario del Juzgado. Esta ley consta de dos secciones. La sección primera denominada Del notariado y se subdivide en seis capítulos y la sección segunda, contiene un capítulo único denominado Del oficio del escribano. Esta ley se le puede considerar como la primera Ley Orgánica del Notariado.

Por otra parte es importante hacer la distinción entre notario público y escribano; el primero es el funcionario revestido por el Soberano de la fe pública para extender y autorizar las escrituras de los actos y contratos *inter vivos* o *mortis-causa*; el segundo es un funcionario revestido de la fe pública para autorizar, en los casos y forma que determine la ley los actos, al que en la actualidad desempeñan los secretarios de juzgado y los actuarios.

11. Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal de 29 de noviembre de 1867. Como su nombre lo enuncia, distingue en su texto dos tipos de escribanos: notarios y actuarios.

El notario es el funcionario que reduce a instrumento público, los actos, contratos y últimas voluntades; en tanto que el actuario, es la persona destinada para autorizar los decretos de los jueces, árbitros y arbitradores, siendo ambas funciones incompatibles entre sí, determinando que es atribución exclusiva de los notarios, autorizar en sus protocolos toda

clase de instrumentos públicos. Asimismo, reitera lo establecido en la Ley Imperial, expedida por Maximiliano, al distinguir al Notario del Actuario o Secretario de Juzgado.

En conclusión se puede decir que las características del tema que nos ocupa, fueron las siguientes:

- I. Se sustituyó el nombre de escribano por el de notario.
- II. El acceso al notario dejó de ser la compra de la escribanía, establecida por el sistema de oficios vendibles y renunciables, y se sustituyó por el examen de los aspirantes.
- III. La fe que tenía el escribano se divide de la siguiente manera: por un lado, el notario y por el otro, los Secretarios de Juzgados que eran los Escribanos de Diligencias y los Registradores que eran los Escribanos del Oficio de Hipotecas, es decir, por exclusión, a los notarios les quedó como competencia de su actuación, todas aquellas actividades que no estaban encomendadas en forma exclusiva a algún funcionario público.
- IV. El signo se sustituyó por el sello.

1. 1. 5 México Actual.

En el presente siglo ha estado vigente la Ley de 19 de diciembre de 1901, por lo que se crea el Archivo General de Notarías; se instituyen los

notarios adscritos; exige uso del protocolo previamente encuadernado; y le da al notario la categoría de funcionario público, quien debe ser abogado. Ésta quedó abrogada por la Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales de 20 de enero de 1932, la cual evolucionó en los siguientes aspectos:

I. Excluyó a los testigos de la actuación notarial.- Por disposición del Código Civil, sólo subsistían los testigos instrumentales en el testamento.

II. Estableció el examen de aspirante a notario.- El jurado se integraba por cuatro notarios y un representante del Departamento del Distrito Federal.

III. Dio al Consejo de Notarios, el carácter de órgano consultivo del Departamento del Distrito Federal.

Más tarde, el 31 de diciembre de 1945 entró en vigor una nueva Ley de Notariado para el Distrito Federal, en la que se establece el examen de oposición como medio de acceso al notariado.

El examen de oposición ha dado magníficos resultados en el Distrito Federal, pues la preparación y el nivel científico y técnico del gremio ha ido cada vez más en aumento, su integridad moral es reconocida tanto por autoridades administrativas como por ciudadanos. En algunos estados de la República Mexicana, todavía existe el derecho del ejecutivo vocal, de nombrar discrecionalmente a los notarios. En ocasiones se hace uso de

ese derecho como premio político y no con base en una preparación técnica y científica del candidato, con el cuidado de ponderar las buenas costumbres inherentes al desempeño de la función notarial. Por fortuna ya son varios los estados que aceptan como medio de ingreso al notariado el examen de oposición. Con este sistema de acceso al notariado, se asegura la continuidad, permanencia y adecuación al mundo moderno.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980, sufrió varias modificaciones entre las que destacan:

- I. El establecimiento del protocolo abierto.
- II. La regulación del notario como licenciado en derecho y no como funcionario público.

Esta ley se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero e inició su vigencia sesenta días después de su publicación, de acuerdo con el Artículo 1° transitorio. El 13 de enero de 1986 se modificó en cuanto a la definición del notario, pues se substituye la terminología “funcionario público” por “Licenciado en Derecho”. Así mismo se establece el protocolo abierto especial para actos y contratos en que intervenga el Departamento del Distrito Federal. En este mismo protocolo podrán también asentar actas y escrituras en que intervengan las dependencias y entidades de la administración pública federal, cuando actúen para el fomento de la vivienda o con motivo de programas para la regularización de la propiedad inmueble.

Con la reforma constitucional del 25 de octubre de 1993, se modificó radicalmente el contenido del artículo 122 de nuestra Carta Magna, estableciendo las bases par que esta entidad federativa contara con un gobierno propio, cristalizado así el anhelo de los ciudadanos por décadas lo habían venido exigiendo.

Con fundamento en esta nueva realidad, se estableció el entorno para que la I Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal se diera a la tarea de normar la función notarial y al notariado en esta ciudad, a fin de brindar un nuevo orden en el que la sociedad encontrarse certeza y seguridad jurídicas respecto de los actos y documentos de los particulares que requieren de fe pública. El resultado de tal esfuerzo es la Ley del Notariado para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial, el 28 de marzo del 2000.

En esta ley, concentramos una nueva caracterización tanto de la función notarial como del notariado. Adopta, al igual que en otros países, el Sistema de Notariado Latino, diferenciándolo del procedimiento sajón, al reconocer en el notariado una institución de carácter público, el notario a un profesional del Derecho con una función pública, en la que el documento en que se autoriza se considera auténtico y solemne.

Cabe destacar el orden social de esta ley, al constituirse a favor de las clases desprotegidas, obligando al notario a prestar servicios para atender asuntos de orden público e interés social y a participar con tarifas reducidas en programas de fomento a la vivienda y regularización de la tenencia de la propiedad inmueble, además de incorporar el concepto de

uteralteridad en la función notarial: en este sentido, el notario es un verdadero consultor o consejero de cada una de las partes o solicitantes del servicio, sin descuidar a la contraparte, ni ser parcial contra ella, consiguientemente no puede tratar a una parte como su cliente y a la otra no.

Recupera en beneficio de la ley, los principios regulatorios e interpretativos, que si bien han estado vigentes en la doctrina propia del Notariado Latino, no habían sido plasmados en el texto legal. Además reconoce que tanto el notariado como la función notarial, constituyen una garantía institucional de origen constitucional en Derecho Mexicano. Otro punto importante de este ordenamiento es lo relativo a las penas previstas para quien careciendo de patente de notario, no solamente se ostente o se anuencia como tal, sin inclusive tenga un lugar u oficina en las que se realicen actividades meramente de asesoría notarial.

Resulta también novedosa la posibilidad de tramitar ciertas sucesiones ante notario, aminorando consecuentemente las cargas de trabajo que existen en los juzgados. Por último, cabe destacar las facultades que tiene el Colegio de Notarios como coadyuvante, al ordenado y adecuado ejercicio de la función notarial de sus agremiados. De esta manera, el notario con su labor, otorga certeza y seguridad jurídicas a los actos que la ley ordena en ejercicio de la función pública, contribuyendo a preservar el estado de Derecho y la Legalidad que toda sociedad moderna busca.

El notario actual es herencia de una gran tradición histórica que, desde una perspectiva social coloca a la profesión en un sitio privilegiado. Representa el esfuerzo de generaciones que con honestidad y trabajo han dado honor y prestigio a tan noble tarea. En otras palabras, quien en este momento ostenta el cargo de notario, sin duda es apreciado y goza de innumerables consideraciones debido a la irreprochable trayectoria de aquellos que los antecedieron.

No obstante debemos reconocer que hoy en día el comportamiento de algunos notarios no corresponde a esa tradición. En aras de un beneficio personal, en ocasiones se olvidan del respeto que ella misma merece, y traicionan los principios y el empeño histórico de múltiples generaciones y personalidades que la cimentaron.

La conyuntura de nuestro tiempo, lleno de cambios vertiginosos tanto políticos como sociales y económicos, nos obligan a buscar una adaptación constante al mundo moderno, de tal manera que la profesión notarial continúe mostrando su sello de utilidad y permanencia al ser humano.

La continuidad, conservación e incremento de ese prestigio moral e intelectual, es una responsabilidad histórica que corresponde a todo notario.

1. 3. 1 CONCEPTO DE NOTARIO.

Froylán Bañuelos Sánchez dice: “El notario es el funcionario que reduce a instrumento público, los actos, contratos y últimas voluntades”⁷.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal vigente en su Artículo 42, nos da un concepto de Notario: “Es el profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.

El notario conserva los instrumentos en el protocolo a su cargo, los reproduce y da fe de ellos. Actúa también como auxiliar de la administración de justicia, como consejero, árbitro o asesor internacional, en los términos que señalen las disposiciones legales relativas”.

El notario del Distrito Federal es un particular, profesional del Derecho que después de sustentar exámenes, tanto de aspirante como de oposición, ejerce la carrera u oficio notarial, brindando seguridad jurídica y certeza en las transacciones de las que da fe, siempre guardando un alto nivel de profesionalismo, de independencia frente al poder público y los particulares, una completa imparcialidad para sus clientes y una

⁷ Bañuelos Sánchez, DN.p. 116.

autonomía en sus decisiones, las cuales sólo tienen por límite el marco jurídico y el estado de derecho.

En síntesis, el notario del Distrito Federal pertenece al conjunto notarial llamado notario latino, en el que se le exige una capacitación jurídica en la gran mayoría de las ramas del Derecho que le faculta a dar forma y autenticidad a los actos que pasan su fe o a los hechos que éste certifica, redactando, autorizando, conservando y reproduciendo el instrumento público notarial.

1.3 LA FUNCIÓN DEL NOTARIO.

Conforme al artículo 26, párrafo segundo de la Ley del Notariado para el Distrito Federal vigente “La función notarial es la actividad que el notario realiza conforme a las disposiciones establecidas en la Ley del Notariado para el Distrito Federal. Posee una naturaleza compleja: es pública en cuanto proviene de los poderes del Estado y de la Ley, que obran en reconocimiento público de la actividad profesional de Notario y de la documentación notarial al servicio de la sociedad. De otra parte, es autónoma y libre, para el notario que la ejerza con fe pública”.

Conforme al artículo 27 “Siendo la función notarial de orden e interés públicos, corresponde a la Ley y a las instituciones contempla procurar las condiciones que garanticen la personalidad, la independencia, la imparcialidad y autonomía del Notario en el ejercicio de la fe pública de que está investido, a fin de que esta última pueda manifestarse libremente

en beneficio de la certeza y seguridad jurídicas que demanda la sociedad sin limitaciones ni formalidades que las previstas por la Ley”.

La función notarial tiene dos características: primero, se trata de un testimonio solicitado; y segundo, se trata de un testimonio contenido en el instrumento público. Así dice la Ley del Notariado por el Distrito Federal: La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte, a su vez señala, la actividad del notario y la de todos los que intervienen en el acto, no persiguen más que un propósito: producir el instrumento público. Nuestra Ley emplea este término de instrumento público para designar el documento que produce el notario.

El ejercicio del notariado impone al notario, fundamentalmente tres obligaciones:

- I. Guardar reserva sobre lo pasado ante él, manteniendo el secreto profesional, sin perjuicio de los informes obligatorios que deba rendir y de los actos que debe inscribir en el Registro Público de la Propiedad.
- II. Desempeñar la función pública, tanto en la notaría como en los lugares en donde resulte necesaria su presencia.
- III. Orientar y explicar a los otorgantes y comparecientes el valor y las consecuencias legales de los actos que se vayan a autorizar.

Conforme al artículo 30 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal vigente “El ejercicio de la función notarial y la asesoría jurídica que proporciona el Notario, debe realizarlos en interés de todas las partes y del orden jurídico justo y equitativo de la Ciudad, y por tanto, incompatible con toda relación de sumisión ante favor, poder o dinero, que afecten su independencia formal o materialmente.

El notario no deberá aceptar más asuntos que aquellos que pueda atender personalmente en su función autenticadora”.

El artículo 31 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal del 2000 establece que “El ejercicio de la función notarial es incompatible con toda restricción de libertad personal, de las facultades de apreciación y de expresión”.

“El notario, como parte del notariado de corte latino, se encarga de interpretar la voluntad de las partes plasmar ésta en un documento público y auténtico, que puede ser una escritura pública, si se trata de fe de un acto jurídico, ejemplo: el contrato; o bien acta notarial, se certifica un hecho jurídico o material, ejemplo: la notificación. El notario como se ha dicho, redacta el instrumento notarial bajo su responsabilidad, lo autoriza, conserva y reproduce brindando así seguridad y tranquilidad a la sociedad a la que sirve. También se encarga de auxiliar a las autoridades locales y federales en el cálculo y entero de impuestos de

derechos y vigila que se cumpla con el procedimiento registral necesario para que se publiciten los actos que ante él se otorgaron”⁸.

El artículo 26 de la misma Ley señala “La función autenticadora del Notario es personal, y en todas sus actuaciones de asesoría, instrumentación y juicio debe de conducirse conforme a la prudencia jurídica e imparcialmente”.

Siendo la función notarial de orden e interés públicos, corresponde a la Ley y a las instituciones que contempla procurar las condiciones que garanticen la profesionalidad, la independencia, la imparcialidad y autonomía del Notario en el ejercicio de la fe pública de que está investido, a fin de que esta última pueda manifestarse libremente, en beneficio de la certeza y seguridad jurídicas que demanda la sociedad y sin más limitaciones ni formalidades que las previstas por la Ley.

La función notarial es, entonces de orden e interés públicos no delegable; por tanto, no puede encomendarse a un tercero. Debe de realizarla en interés de todas las partes y del orden jurídico justo y equitativo de la ciudad, y por tanto, incompatible con toda relación de sumisión ante favor, poder o dinero, que afecten su independencia formal o materialmente. El notario no debe de aceptar más asuntos que aquellos que pueda atender en su función autenticadora. Derivado de ese carácter personal de la función notarial, es el notario el responsable frente al Estado.

⁸ Ríos Hellig, DN, p.42.

En el documento privado no hay la posibilidad de reproducción, pues a diferencia del notarial, no existe una matriz que lo conserve en forma permanente.

El protocolo pertenece al Estado y el notario lo conserva durante cinco años a cuyo término, se deposita en el Archivo General de Notarías, en donde permanece definitivamente, de tal suerte que en la Ciudad de México pueden consultarse documentos notariales elaborados desde 1525, al y como lo señala el artículo 95 de la Ley del Notariado del Distrito Federal vigente.

A la reproducción del documento se le llama testimonio y generalmente se expide a cada una de las partes o al autor del acto consignado, o bien, a los sucesores o causahabientes. También puede mostrarse el documento original a las personas que tengan interés jurídico.

1.4 CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL NOTARIADO LATINO.

El sistema del notariado latino, consiste en la facultad del notario para dar forma a un acto jurídico bajo su autoría y autonomía, redactando, conservando, reproduciendo, autorizando y registrando dicho acto en un instrumento.

El notariado de tipo latino tiene un origen sumamente antiguo, anterior a la era Cristiana, que se remota al pueblo hebreo, al egipcio y al griego y

más adelante al Derecho romano, cuya influencia es la más importante en la mayoría de los sistemas jurídicos.

En México se tiene como antecedente del notariado a los Tlacuilos, que existían desde la época de la Gran Tenochtitlan para dejar constancia por medio de signos y pintura de los códices, de los acontecimientos más importantes de la época.

No obstante su antigüedad, el notariado de tipo latino ha sido objeto de una larga y firme evolución y modernización con lo que se ha logrado el predominio de este sistema en la mayoría de los países del mundo, en los que se requiere que el notario sea profesional del Derecho, dotado de capacitación especializada en la materia y con cuya intervención se logra la seguridad jurídica para quienes reciben sus servicios, así como para toda la comunidad.

Su función primordial consiste en elaborar, perfeccionar, conservar y reproducir todos los instrumentos en que consta su actuación, es decir, las escrituras y actas notariales.

El notario del Distrito Federal como parte del Notariado de corte latino se encarga de interpretar la voluntad de las partes y plasmar ésta en un documento público y auténtico que puede ser una escritura pública, si se trata de dar fe de un acto jurídico, o bien acta notarial, si se certifica un hecho jurídico o material.

El notario de tipo latino debe además ser siempre imparcial para garantizar la equidad en los negocios jurídicos que se otorguen ante él y es también un auxiliar de Fisco Federal y de los Fiscos Locales, por lo que se refiere al pago de los impuestos y derechos que se generan por las escrituras.

“Las características del Notariado latino, al cual se adscribe el Notariado español, pueden ser de acuerdo a la intervención del Notario en el documento y según las legislaciones:

Por su carácter: simplemente funcionalista cuando el Notario se limita a intervenir como delegado del Poder Público sin prestar, al menos aparentemente la competencia jurídica que acaso tenga o técnico funcionalista cuando colabora con su formación jurídica al logro de los fines que los particulares pretenden.

a. Por su extensión: parcial referida solamente en algunos de los requisitos del acto documentado, la identidad de los sujetos y la capacidad de éstos en el momento del acto, o total cuando todo el documento, en todos sus requisitos, cae dentro de su esfera de actuación.

b. Por su intensidad: añadida posterior, avaladora del documento ya confeccionado y otorgado por las partes, o interna simultánea, creadora del documento antes inexistente.

Y según tenga unas u otras características tal intervención notarial, puede ser Notariado con intervención simplemente funcionalista, parcial y

añadida o Notariado con intervención técnico-funcionalista, total e interna”⁹.

El Notario, dentro del llamado sistema de Notariado Latino, tiene por función dar forma legal y conferir autenticidad, previo asesoramiento, a las declaraciones de voluntad y de verdad de quienes les soliciten su instrumentación pública, como así también redactar y extender los documentos adecuados, con el doble contenido de las expresiones que atañen al notario y a los particulares que requieren su intervención o se relacionen con ella. Al notario latino se le exige el conocimiento adecuado y científico del derecho.

⁹ Ávila Álvarez, DN, p.5.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO

2.1 PRINCIPIOS DEL NOTARIADO LATINO.

2.1.1 La función notarial.

“En la actualidad la función del notario consiste en escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar, conservar y reproducir el instrumento”¹⁰. Tal función se desarrolla como a continuación se describe:

1. Escuchar: Cuando alguna persona desea celebrar algún contrato o se encuentra envuelta en un problema jurídico, acude al notario, y en una primera audiencia le plantea sus dudas y conflictos, quien los escucha con atención. El notario investiga y trata de conocer todas las circunstancias que le puedan dar oportunidad de entender la inquietud de las partes y sus alcances.
2. Interpretar: El notario después de escuchar a sus clientes, busca los motivos y causas que han tenido para llevar a cabo una operación, interpretando su voluntad y pretendiendo descubrir sus verdaderos deseos y el modo de satisfacerlos dentro del ámbito jurídico.

¹⁰ Pérez Fernández del Castillo, EN, p.16.

3. Aconsejar: Una vez que los problemas se establecen por las partes y se asimilan por el notario, éste dentro de su repertorio jurídico, se encuentra en aptitud de dar un consejo eficaz. Es muy frecuente que en un mismo planteamiento jurídico tenga diferentes maneras de encauzarse y hallar solución. Las distintas formas de llevar a cabo un asunto pueden clasificarse y tratarse como negocios jurídicos típicos o se les puede aplicar una solución atípica particular. La capacidad, preparación jurídica, conocimientos y experiencia del notario, son fundamentales para dar la mejor solución y aconsejar lo más adecuado ante los hechos presentados por sus clientes.

4. Preparar. Para la elaboración de una escritura pública, se necesitan satisfacer requisitos previos a su redacción. El notario, en efecto, recaba una buena cantidad de documentos que permiten tener la certeza de que se está actuando conforme a lo establecido en la ley, y por tanto, se reduce el espacio para el engaño o fraude.

5. Redactar. Al redactar es necesario expresarse con propiedad, claridad y concisión. Además el notario debe utilizar lenguaje jurídico.

Las partes han expresado su deseo. El notario califica y determina el tipo de acto jurídico de que se trata y procede a la redacción del instrumento, en el se vuelca su creatividad de profesional del Derecho y demuestra su calidad de jurisconsulto. Ahí desarrolla la labor de perito en derecho, así como su práctica en la redacción

adquirida a través de la experiencia. La redacción de las cláusulas requiere sabiduría legal y responsabilidad profesional para que pueda prevalecer el orden jurídico, la buena fe y así evitar que en el contrato se declare como cierto aquello que no lo es.

Si la redacción del clausulado es jurídicamente correcta y se usa propiedad y sencillez en el lenguaje, no habrá conflicto entre las partes. En caso de que el instrumento se declare nulo, el notario responde de los daños y perjuicios, lo que resulta una garantía para las partes.

6. Certificar. En la certificación el notario ejercita el contenido de su fe pública adecuándola al caso particular. Esto es, da fe de identidad y conocimiento de las partes; de la capacidad de los otorgantes; de la existencia de los documentos relacionados en el instrumento; de lectura y explicación del documento; y de otorgamiento de la voluntad. El notario por su calidad de fedatario formula un juicio de certeza al certificar a los documentos, esta facultad corresponde a los fedatarios, en este caso al notario.

7. Autorizar. La autorización de la escritura, es el acto de autoridad del notario que convierte al documento notarial en auténtico, quien ejerce sus facultades de fedatario público, para dar eficacia jurídica al acto de que se trate. Así mismo, permite en el caso de un hecho, que las circunstancias asentadas produzcan los efectos de prueba plena.

La autorización como lo expresa la doctrina española, es el acto del autor y creador de la escritura o del acta notarial.

8. Conservar y reproducir. El notario satisface plenamente los ideales de seguridad jurídica, no sólo por la actividad examinadora que integra su función, sino también porque responde a los principios de conservación y reproducción del documento.

En todas estas etapas de la actividad de notario, o sea, escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar, conservar y reproducir el instrumento, debe caracterizarlo su veracidad, imparcialidad, espíritu conciliador, discreción en los secretos recibidos, preparación técnica y jurídica, desempeño personal, equidad en el cobro de los honorarios, y cumplimiento de las demás normas éticas y jurídicas. De tal manera, la función notarial se concreta o se resume en la autorización del instrumento público.

Para mayor abundamiento, los Artículos 27 y 30 de la Ley del Notariado vigente del Distrito Federal, establecen que la función notarial es de orden e interés públicos, teniendo el notario latino, como función principal, la de proporcionar asesoría jurídica, que deberá ser de interés de todas las partes y del orden justo y equitativo de la ciudad.

El notario para dar seguridad jurídica debe actuar con veracidad y ser fiel al asentar en su protocolo lo que ve y escucha. Asimismo debe ser imparcial y no adherirse a ninguna de las partes a favor o en contra de la

otra. Debe guardar el secreto profesional de las confidencias recibidas en el ejercicio de sus funciones.

De igual manera y para estar en posibilidad de dar una respuesta adecuada y eficaz a las operaciones planteadas por sus clientes, tiene el deber de actualizar sus conocimientos técnicos, jurídicos y científicos. Su actuación debe ser personalísima, pues el asesoramiento y consejo a las partes no puede ser suplido por la tecnología ni deferido a otras personas.

Para el cobro de los honorarios, debe sujetarse a los aranceles y exigir su adecuación a la realidad. El notario, aún en menoscabo de sus honorarios, tiene el deber de coadyuvar en la resolución de los problemas sociales de dotación y regularización de la vivienda.

2. 1. 2 Finalidad de la función notarial.

“La función notarial persigue tres finalidades: de seguridad, de valor y de permanencia.

1. Seguridad. Es la calidad de seguridad y de firmeza, que se da al documento notarial. También persigue esa seguridad la responsabilidad del notario, respecto a la perfección de su obra.

La superioridad del sistema notarial latino es indudable ya que, en otras cosas, no sólo da seguridad a las operaciones de inmuebles, sino a todas las demás en que el notario puede intervenir.

2. Valor. El valor implica utilidad, aptitud, fuerza, eficacia para producir efectos. El notario, además, da a las cosas un valor jurídico. Este valor tiene una amplitud: es el valor frente a terceros; y un límite: es el territorial, pues su valor se detiene en los límites de la jurisdicción de igual clase de notario. La legalización suple esta limitación. El valor es la eficacia y la fuerza que otorga la intervención del notario entre partes y frente a terceros.

3. Permanencia. La permanencia se relaciona con el factor tiempo. El documento notarial nace para proyectarse hacia el futuro.

El documento privado es perecedero, se deteriora fácilmente, se extravía, se destruye con más facilidad, y por lo tanto es inseguro. En cambio, el documento notarial es permanente e indeleble, o sea, que tiende a no sufrir mudanza alguna. Hay varios medios adecuados para lograr esa permanencia: el notario actúa en el momento, para dar seguridad, valor y permanencia; existen procedimientos (leyes adjetivas de forma) para que el documento sea indeleble (papel, tinta, etc.). Hay procedimientos para conservar los documentos (archivos); y la permanencia misma, garantiza la reproducción auténtica del acto”¹¹.

¹¹ Carral y de Teresa, DNR, pp.99 y 100.

2. 1. 3 Características de la función notarial.

La función notarial es una función jurídica (y en ella destaca la actividad profesional del jurista), es una función privada (calificada, con efectos de publicidad, con valor similar al de una función pública, y en ella destaca la actividad documental); y es una función legal porque su existencia y atributos se van derivando de la Ley. Estos caracteres al concentrarse en la función notarial, le proporcionan su carácter de autonomía.

1. Es una función jurídica. El concepto de la función notarial como ya sabemos históricamente proviene de las funciones jurídicas, y de las funciones públicas, pero hay que deslindarla (especialmente de las funciones públicas) y asignarle su objeto. Empecemos por deslindar la función notarial, de las otras funciones jurídicas. Una función jurídica, atiende a una necesidad de derecho, sea privado o público, aplicando la ciencia o la legislación y usando un órgano particular. Los órganos de las funciones jurídicas, son entre otros los notarios.

El notario es un jurista, toma la norma vacía (abstracta) que ha creado el legislador, la llena con un negocio jurídico, y así contribuye a la creación de derechos subjetivos y de relaciones jurídicas. El notario, en ocasiones, al no encontrar molde legal al pacto económico que se le presenta, idea una norma propia para el caso, basado en sus conocimientos de jurisprudencia y de experiencia.

Otras veces, le llevan al notario un hecho, en tal caso, se trata de una operación de fijación, conservatoria del hecho, no creadora. Aunque esta operación es independiente de la norma, sin embargo, la apreciación que el notario hace de las circunstancias que concurren y de la utilidad de la fijación requerida, hacen que su apreciación sea jurídica.

2. Es una función privada. En la materia notarial, surgen dudas especialmente por las palabras pública-público, que se aplican casi invariablemente a la función, a la fe, al documento y al funcionario notarial. Gramaticalmente el concepto de privado coincide con el jurídico. El derecho privado es el de cada uno y el documento privado el que tiene efectos domésticos, entre partes, y no contra terceros y se formaliza sin ceremonia.

Lo público, en cambio tiene varias acepciones gramaticales: notario, patente, manifiesto, sabido por todos (publicidad). En este sentido debe aceptarse el vocablo notario público, pero en el sentido de atribuido a las funciones del Estado y obligando a éste. Así, serían público, no porque sea del Estado, sino porque tienen publicidad, notoriedad, el documento notarial, la fe notarial y la función notarial.

El Derecho notarial puro es Derecho público, aunque la función notarial es privada, es decir, del Derecho privado. Lo notarial es de Derecho civil.

3. Autonomía. En primer lugar, el notario es el único jurista no oficial, que confiere a sus documentos efectos de publicidad y valor.

El notario tutela interés de orden colectivo y privado; es de asistencia legal a la voluntad negocial, y tiene atribuciones de fe pública como eficacia en el acto.

Es imprescindible el carácter de profesional libre, para que exista la imparcialidad de la obra notarial, así como independencia del juicio, y para lograr el continuo perfeccionamiento de la capacidad jurídica y moral del notario.

El notario cumple y aplica la ley en interés de la colectividad, como conjunto de particulares; pero no en interés del Estado: recibe el encargo directamente de las partes, cuida de sus intereses, escoge soluciones convenientes al cliente, y se constituye en su guía, de modo a obtener los máximos resultados con un mínimo de medios.

El asesoramiento es misión del notario, lo que da una nota de profesionalismo; y el complejo orgánico y funcional, no permite incluirlo dentro del derecho público ni dentro del derecho privado.

El notario es órgano de la comunidad, no es retribuido por el Estado, ni son fungibles (unos u otros) sus servicios. La función,

a la vez, tiene carácter público y privado, y ambos caracteres se fusionan.

4. Es una función legal.- La función notarial es una función legal, porque su única fuente es la ley. Su actuación está y debe estar dentro de las atribuciones conferidas por la ley, la ley es fuente del poder de dar fe.

Podríamos agregar que ni siquiera el nombramiento del notario proviene del Estado, sino de la Ley, ya que el Estado no podría libremente escoger a la persona y nombrarla; pues esta debe reunir determinadas calificaciones y aún salir triunfante en un difícil examen de oposición.

El notario no tiene facultad alguna sobre los particulares, su actuación es solicitada y esa característica hace sólido el principio de ascendencia que el notario tiene sobre las partes al someter su voluntad negocial a los sabios consejos de su notario, su autoridad frente a las partes deriva de su pericia en el conocimiento de la ley y en la convicción de los particulares de que el notario se conducirá con estricto apego a la norma, lo que es garantía de su proceder imparcial frente a ellos mismos y al Estado. El notario responde, personalmente, de los delitos o faltas en que incurra en el ejercicio de su función, el Estado no asume responsabilidad solidaria o subsidiaria alguna.

El notario existe históricamente, es indispensable su existencia para asegurar la certeza, la permanencia y la paz jurídica entre los particulares.

Esas cualidades de los actos jurídicos son indispensables, para lograr la seguridad jurídica, la permanencia y la certeza.

2.2 DEFINICIÓN DE IMPARCIALIDAD.

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

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

Por las cualidades que tiene la institución del notariado, fue adquiriendo a través de los siglos por el requerimiento social como son: equitativo, justo, honesto, honrado, insobornable, ecuánime, incorruptible, justiciero, neutral, objetivo y desapasionado, con ello se pretende razonar a través de esta tesis resaltando la imparcialidad del notario como asesor en los negocios que se le consultan o se otorgan ante él, la importancia de la imparcialidad radica, en la elaboración, preparación, y redacción de contratos, y señalando el papel fundamental que el Notario tiene y

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

La imparcialidad, como principio cardinal elemental de la función notarial al igual que el sistema jurídico que nos rige, es de innegable importancia.

La imparcialidad en la actuación del notario, es conducirse sobre las voluntades manifestadas, sobre los eventos que se pretenden sucedan y produzcan consecuencias jurídicas cuya insatisfacción o satisfacción inadecuada, se dilucidará ante los tribunales. En este orden de ideas la actuación imparcial del notario se realiza en un ámbito más sutil más vulnerable, puesto que el negocio está, aun, por externarse y es más factible poderse viciar la actuación notarial, no obstante, es la actuación a lo largo de los siglos, ha probado su absoluta probidad, en todas sus publicaciones y, sobre todo, en las publicaciones relacionadas con las áreas de actividades de los sectores desprotegidos de la población, donde un notario justo, es garantía de seguridad social y jurídica.

Por tanto, la imparcialidad, es una de las columnas en que se apoya la función notarial. Se le define como falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud.

“Hoy como siempre el notario se encuentra presionado por los intereses de los poderosos, sea el Estado o los grandes consorcios que por su gran fuerza política y económica, tratan de doblegar la imparcialidad del notario a su favor. Esta presión es mayor cuando existe una relación de dirección y dependencia”¹².

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

La imparcialidad es una característica de definición del notariado y está integrada por varios deberes notariales que, cada vez más, se ven presionados por diversos intereses económicos, de naturaleza pública y privada, que tratan de inclinar la imparcialidad a su favor. Como medio preventivo el legislador en todos los tiempos ha buscado la manera de preservar al notario de todo vínculo de parcialidad.

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

Este deber de imparcialidad es especialmente significativo en aquellos lugares como los países latinoamericanos, donde existe analfabetismo e ignorancia del derecho.

¹² Carral y Teresa, DNR, p. 24.

Que la imparcialidad sea una característica propia del notariado, se demuestra porque el legislador de la Ley del Notariado la tiene prevista en las prohibiciones e incompatibilidades, localizadas en los artículos 35 y 45 de la Ley del Notariado vigente para el Distrito Federal.

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

La imparcialidad del notario comporta, asimismo, el deber de aconsejar a las partes sobre los medios más idóneos para conseguir jurídicamente los fines prácticos que se proponen al contratar o al otorgar el acto jurídico de que se trate. El asesoramiento y el consejo así entendidos deben presentarse a todos aquellos que han requerido la función del notario. Sin embargo, y por lo que se refiere especialmente a la información, el notario debe extremar su diligencia respecto del contratante que por cualquier razón puede considerarse como parte más débil.

En virtud de la importancia que tiene este deber y la preocupación de que se ajuste a la actividad del notario, en el XVI Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Lima, Perú, en junio de 1982, uno de los temas tratados fue la imparcialidad del notario latino como característica esencial de su función.

Es así como unos de los temas a tratar fue el contrato de adhesión un fenómeno característico de nuestro tiempo. Sin que sea procedente entrar aquí en discusiones teóricas sobre la naturaleza y clase de los contratos de adhesión, puede aceptarse que estamos en presencia de un contrato de este tipo cuando el clausulado ha sido determinado unilateralmente por una de las partes, a la que se puede llamar parte predominante, de tal suerte que a la otra sólo le queda la opción de aceptar el contrato tal como se le propone o no contratar.

Los contratos de adhesión, hasta hace unos años, no se formalizaban en escritura pública pero ahora ya no es así¹³. Por ejemplo, los contratos que celebra el promotor de un grupo de departamentos o viviendas con los futuros compradores de unos o de otros.

A primera vista parece que si el contrato de adhesión ha sido ya suscrito, la tarea del notario como profesional del derecho se mueve dentro de unos límites muy estrechos, pues únicamente podrá comprobar si algunas de las cláusulas del contrato que se somete a su autorización infringen la ley.

¹³ Formalización de los contratos de adhesión, DOF, 24.11.4.

La función de asesoría del notario reviste una importancia considerable. En primer término, debe informar cuidadosamente al contratante más débil de todas y cada una de las consecuencias jurídicas que derivan del contrato que ya ha suscrito y de las cuales no tendrá muchas veces una idea clara, debido a la complejidad y frecuentemente, a la oscuridad con que están concebidas determinadas cláusulas contractuales. Si el notario cumple fielmente su deber de información, el contratante más débil, aun cuando ya esté vinculado por el contrato que ha suscrito, puede plantearse la posibilidad de impugnar ese contrato por error de derecho y decidir si, a pesar de todo, consiente en que se eleve a escritura pública o si se abstiene de hacerlo.

En segundo término, es importante que el notario haga constar en la escritura, que el contenido contractual ha sido unilateralmente establecido por la parte predominante. Recordándose que existe una regla sobre interpretación de los contratos, expresamente recogida en algunas legislaciones, según la cual, la interpretación de las cláusulas de los contratos que sean oscuras o ambiguas no debe favorecer nunca a la parte culpable de la oscuridad o ambigüedad.

No es correcto que el documento notarial no recoja todas las condiciones del contrato y se remita al modelo tipo que la parte predominante tiene establecido para los contratos de aquella clase. Mal puede el notario informar a la parte más débil de las consecuencias jurídicas del contrato que se ha celebrado, si él mismo no conoce su contenido íntegramente.

Es evidente que el notario, por sí mismo no puede resolver toda la compleja problemática que plantean los contratos de adhesión. Indudablemente, el legislador debe tomar en consideración estos contratos, con el objeto de establecer que existen ciertas cláusulas abusivas que deben estimarse nulas.

En algunos países existen leyes que persiguen esta finalidad, sin embargo, algunas de estas leyes han sido criticadas porque contemplan la figura del contrato de adhesión en general, en lugar de limitarse a tipos o clases especiales de contratos de adhesión.

La existencia de los contratos de adhesión y su incorporación a la documentación notarial entraña la posibilidad de que el notario deje de ser imparcial. Generalmente, los contratos de adhesión son también una manifestación de lo que los mercantilistas llaman contratación en masa. Es la gran empresa que produce este tipo de contratos la que, normalmente, elige al notario. En sí mismo, este hecho no sería trascendente si el notario cumpliera puntualmente su deber de informar y auxiliar al contratante más débil; pero existe el riesgo, que la práctica confirma, de que el notario, ante el temor de perder una fuente importante de clientela, no extreme su diligencia en orden al cumplimiento de su deber de informar. No hace falta explicar hasta qué punto la pérdida de imparcialidad por parte del notario puede deteriorar su imagen ante la sociedad. Corresponde a los propios notarios y en, particular, a los Colegios o Corporaciones Notariales adoptar las medidas preventivas necesarias para evitar el riesgo denunciado.

Es necesario fortalecer la independencia moral, profesional y económica del notario. La independencia moral, de suerte que, al establecer los requisitos necesarios que el notario debe cumplir para desempeñar su función, debe procurarse, igualmente, que la competencia técnica del notario se mantenga en el más alto nivel, para que en ningún caso pueda encontrarse en situación de inferioridad frente al asesor de la gran empresa. Por último, hay que asegurar la independencia económica del notario. Indudablemente, un notario que con su profesión no obtenga los rendimientos necesarios para vivir decorosamente está más expuesto a perder su independencia.

El deber de la imparcialidad en la actuación notarial, siempre ha sido una garantía social que el ciudadano común la comprende y aquilata como una de las cualidades que dan la certeza de un trato justo y equitativo.

2.3 LA IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO EN LA LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO TERCERO

LA INTERVENCIÓN DEL NOTARIO EN LOS CONTRATOS CREDITICIOS

3.1 CONCEPTO DE CONTRATO.

Contrato

“(Del latín *contractus*, derivado a su vez del verbo *contrahere*, reunir, lograr, concertar.) Es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de derechos y obligaciones) debido al reconocimiento de una norma de derecho. Sin embargo, tiene una doble naturaleza pues también presenta el carácter de una norma jurídica individualizada”¹⁴.

Contrato

“Negocio jurídico por el que una o mas partes crean, modifican o extinguen una relación jurídica patrimonial. La importancia del contrato se fija en el pensamiento liberal individualista, cuyo triunfo hizo posible una noción del contrato que se identifica con el simple convenio o mero concurso de voluntades, concurso que genera una fuerza maravillosa y

¹⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas, EJM, s. v. contrato.

que se erige absoluta en todos los ordenes, que está encima y más allá de la Ley”¹⁵.

“El concepto del contrato en el Derecho Positivo Mexicano, precisa una distinción entre el convenio y el contrato, considerando al primero como el género y al segundo como la especie, sin perder de vista que ambos son a su vez, especies de actos jurídicos.

El convenio en sentido amplio es el acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. El contrato es el acuerdo de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones”¹⁶.

El Artículo 1792 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone que el convenio es el acuerdo de dos o más personas, para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

El Artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

¹⁵ DJ, s. v. contrato.

¹⁶ Zamora y Valencia, CC, p. 21.

3.2 ELEMENTOS DEL CONTRATO.

El contrato se integra con elementos de existencia y de validez. Los primeros denominados de esencia o estructurales, son indispensables para que haya contrato.

El Código Civil para el Distrito Federal, los menciona de la siguiente forma:

Artículo 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento.
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Los segundos, o sea los elementos de validez no impiden que el contrato nazca, pero sí provocan su ineficacia.

El Código Civil para el Distrito Federal, los menciona de la siguiente forma:

Artículo 1795, interpretando a *contrario sensu*:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas.
- II. Por vicios del consentimiento.
- III. Por su objeto, o su motivo o fin sea ilícito.
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

3. 2. 1 Elementos de existencia.

Los elementos de existencia del contrato, son el consentimiento, el objeto y excepcionalmente la solemnidad.

3. 2. 1. 1 Consentimiento.

El consentimiento, es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la creación o transmisión de derechos y obligaciones. Éste debe recaer sobre el objeto jurídico y material del contrato.

La manifestación de voluntad debe exteriorizarse de manera tácita, verbal, escrita o por signos indubitables.

El consentimiento en los contratos se integra con dos elementos: la oferta y la aceptación. Sin embargo, la diferencia entre propuesta y aceptación se hace irrelevante cuando una de las partes no presenta a la otra para su aceptación una propuesta conclusa, sino que ambas partes formulan conjuntamente el texto del contrato y posteriormente ambas manifiestan su conformidad suscribiéndolo.

No hay consentimiento y por lo tanto acuerdo de voluntades:

1. Cuando hay error en la naturaleza del contrato.
2. Cuando hay error sobre la identidad del objeto.

3. En los contratos *intuitu personae*, no hay consentimiento si hay error en la identidad de la persona, en tanto que se celebran tomando en cuenta la calidad de la misma.

En algunas ocasiones se confunde el consentimiento con los tratos o acuerdos preliminares, en los que ha conversado sobre el posible contenido del contrato. Los tratos no se consideran consentimiento pero cuando por dolo o mala fe de una de las partes hay divergencia entre los tratos y el contrato, se incurre en la culpa que puede ser causa de nulidad del contrato.

El consentimiento se perfecciona entre presentes y entre ausentes, el primero se da al instante, o sea, en el mismo momento en que las partes expresan su voluntad, y el segundo se da por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta como si estuviera presente, Artículo 1805 del Código Civil Federal vigente.

3. 2. 1. 2 Objeto.

El objeto del contrato puede analizarse de acuerdo a dos categorías distintas: el objeto jurídico y el material. A su vez el objeto jurídico se divide en directo e indirecto.

a. Objeto jurídico del contrato.

El contrato como fuente de las obligaciones tiene como finalidad el crear o transmitir derechos y obligaciones.

Las obligaciones que se crean por medio del contrato pueden consistir en dar, hacer o no hacer. En tanto que el contrato es obligacional pues su finalidad es crear obligaciones, éste existe aún cuando no haya objeto material en el momento de contratar, como en el caso de la venta de cosa futura. En cambio, si por medio del contrato no se crean o transmiten obligaciones éste existe.

El objeto jurídico directo, es la creación y transmisión de derechos y obligaciones. Al respecto debemos recordar que el contrato es una fuente de obligaciones y como tal, crea obligaciones.

El objeto jurídico indirecto del contrato, es el objeto directo de la obligación esto es, el dar, hacer o no hacer.

Ahora bien el objeto material del contrato, se refiere a la cosa que se tiene que dar, al hecho que se tiene que realizar y a la conducta de la que debe abstenerse.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, regula simultáneamente los objetos jurídicos, tanto el directo como el indirecto, sin hacer distinción con el objeto material.

b. Objeto material del contrato.

Las cosas objeto del contrato deben ser física y legalmente posibles.

El Artículo 1825 del Código Civil vigente para el Distrito Federal señala:

La cosa objeto del contrato debe:

1. Existir en la naturaleza.
2. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie.
3. Estar en el comercio.

1. Existir en la naturaleza. Sin embargo, las cosas futuras pueden ser objeto del contrato con tal de que sean susceptibles de existir. (Artículo 1826 del Código Civil para el Distrito Federal), ejemplo la compraventa de una casa que aún no se ha construido.

2. Ser determinadas o determinables en cuanto a su especie y calidad. Se entiende por especie a una limitación del género o sea una individualización en cuanto a la cantidad y calidad, esto es porque se cuenta, se pesa, o se mide. En los contratos traslativos de dominio de géneros, la propiedad no se transmite hasta que no sean individualizados con conocimiento del acreedor. (Artículo 2015 del Código Civil vigente para el Distrito Federal)

3. Estar dentro del comercio. Al respecto el Código Civil para el Distrito Federal dice:

Artículo 748.- Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

Artículo 749.- Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declare irreductibles a propiedad particular.

3. 2. 1. 3 Solemnidad.

Se trata de solemnidad cuando la formalidad es un elemento de existencia. En algunos actos jurídicos como en el testamento y el matrimonio, la solemnidad es un elemento esencial, estructural o de existencia. La falta de solemnidad produce la inexistencia del acto.

3. 2. 3 Elementos de Validez del Contrato.

Para que el contrato sea válido debe existir: A) Capacidad de las partes. B) Ausencia de vicios en el consentimiento, tales como el error, el dolo, la mala fe y la lesión. C) Que el objeto motivo o fin sean lícitos. D) Que la voluntad de las partes se haya exteriorizado con las formalidades establecidas por la ley.

A. Capacidad.

La capacidad puede ser de goce y de ejercicio. La de goce es la aptitud que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones. La

regla general es que todos los individuos son capaces desde su nacimiento; la excepción es la incapacidad, sin embargo, el individuo se encuentra protegido por la ley desde su concepción, conforme a lo establecido en el artículo 22 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Hay capacidad de ejercicio cuando la persona puede ejercer por sí mismo sus derechos y obligaciones. Ahora bien existen dos tipos de incapacidades de ejercicio, las generales y las especiales.

Las generales se encuentran establecidas en el Artículo 450 del Código Civil vigente para el Distrito Federal o sea, tienen incapacidad natural y legal: los menores de edad; los mayores de edad que por su causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

Estos incapacitados sólo pueden ejercer sus derechos por medio de su representante legal; padres en el ejercicio de la patria potestad o tutor.

La incapacidad especial es cuando personas mayores que no se encuentren en el caso del Artículo 450, se ven impedidos de actuar por la relación que tienen con una persona o bien con una cosa.

B. Ausencia de Vicios en el Consentimiento.

“El consentimiento debe de darse en forma libre y veraz, de tal manera que las partes estén de acuerdo tanto en la persona como en el objeto y en las formalidades del contrato.

Por lo mismo el consentimiento no debe estar viciado por error, dolo, mala fe, violencia o lesión. Es relativa la nulidad que se provoca cuando un contrato se celebra con vicios en el consentimiento, por lo tanto, el contrato se puede convalidar una vez que han cesado los vicios y la víctima ha ratificado su voluntad. Es nula la renuncia anticipada a invocar la nulidad por los vicios del consentimiento”¹⁷.

Error.

El error es una creencia contraria a la verdad, es un estado psicológico en el que existe discordancia entre el pensamiento y la realidad, a diferencia de la ignorancia que es la falta de conocimientos. El error se puede clasificar en obstáculo, nulidad e indiferente.

El error obstáculo impide que el contrato nazca por falta de conocimiento, al tratar el consentimiento el error puede recaer sobre: la identidad de la persona, la identidad en el objeto o la naturaleza del contrato.

¹⁷ Pérez Fernández del Castillo, CC, p. 32.

El error de hecho se da cuando recae sobre la naturaleza y características del objeto material del contrato.

El error de derecho es la falsa opinión de un contratante sobre una regla jurídica aplicable al contrato que precede de la ley o de su interpretación. En ambos casos para nulificar el contrato son necesarias dos características: que recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad, y que éste se haya expresado claramente en el contrato o se desprenda de su interpretación.

El error indiferente o llamado también aritmético recae sobre las cualidades secundarias del objeto material del contrato.

Dolo.

Este tipo de conducta se configura cuando una persona emplea cualquier sugestión o artificio para inducir a error o mantener en él a cualquiera de los contratantes.

El dolo nulifica el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad y no sobre características secundarias. Puede existir dolo principal o secundario. El principal anula el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico. El dolo secundario provoca la acción *quanti minoris* utilizada en Derecho romano, cuando hay vicios ocultos, pues de haberse conocido se hubiera pagado un precio más bajo.

También existe el dolo bueno que es exagerar las cualidades del bien objeto del contrato. Éste no provoca ni la nulidad del contrato ni el ajuste en el precio.

Mala fe.

Se entiende por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido. Esto es cuando a una persona no se le saca de error y se permite que continúe con él.

Violencia

El Artículo 1819 del Código Civil vigente para el Distrito Federal dice. “Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado”.

Ahora bien, la violencia produce nulidad relativa, misma que debe invocarse dentro de los seis meses en que cesó ésta.

La lesión.

El Artículo 17 del Código Civil vigente para el Distrito Federal dice. “Cuando alguno explotando suma

ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del otro, obteniendo lucro excesivo que sea evidente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación”.

Para que la lesión se configure es necesario que existan dos elementos: el psicológico y el objetivo.

El elemento psicológico es un vicio del consentimiento que evita contratar en igualdad de circunstancia, en virtud de que una de las partes está en el supuesto de suma ignorancia o extrema miseria. El objetivo es la desproporción económica entre lo que se da y lo que se recibe. La lesión únicamente puede darse en los contratos conmutativos y onerosos.

C. El objeto motivo o fin del contrato sea lícitos.

¿Qué se considera ilícito? El hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

La ilicitud debe recaer sobre el objeto tanto jurídico como material del contrato. También debe recaer sobre el fin o motivo determinante de la voluntad que es lo que se conoce como la causa del contrato.

D. La voluntad de las partes se haya exteriorizado con las formalidades establecidas en la ley.

El término forma, frecuentemente se confunde con el de formalismos y formalidades. “La forma se define como: el signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico. Y los formalismos o formalidades como: el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan como debe exteriorizar la voluntad para la validez del acto jurídico”¹⁸.

En estas definiciones se establece la distinción entre la forma, como parte del consentimiento, y los formalismos o formalidades como elemento de validez del contrato.

Los formalismos han ido variando espacial y temporalmente de acuerdo con el cambio de las técnicas legislativas.

¹⁸ Pérez Fernández del Castillo, CC, p.6.

3.3 CONTRATO DE ADHESIÓN

3.3.1 Concepto.

Es aquel contrato en que una de las partes fija las condiciones uniformes para cuantos quieran participar en él, si existe mutuo acuerdo sobre la creación del vínculo dentro de las inflexibles cláusulas.

Este contrato se caracteriza, porque su contenido es únicamente fijado por una de las partes, limitándose la otra a aceptarlo o adherirse.

“El contrato de adhesión se caracteriza, porque las cláusulas son impuestas y previamente redactadas por una de las partes, de tal manera que la otra no puede introducir ninguna modificación; sino las acepta, debe renunciar a contratar”¹⁹.

El contrato de adhesión es una modalidad de la formación del consentimiento. Su perfeccionamiento se alcanza por la adhesión, sin negociación, a una oferta que prevé todas las cláusulas del contrato”.

“El contrato por adhesión es una modalidad de la formación del consentimiento, en que una de las partes ofrece e impone los términos del contrato a la otra, de tal modo que esta se limita aceptarlos o rechazarlos íntegramente sin poder alterar su contenido, excluyéndose de esta forma de negociación”²⁰.

¹⁹ Aguilar Carvajal, CC, p.41.

²⁰ Vallespinos, CPACG, p. 24.

3. 3. 2 Naturaleza.

Como se ha insistido, tiene enorme importancia en la interpretación del contrato por adhesión, en cuanto a sus cláusulas de la esencia usualmente no podrá deducirse una intención común que otorgue sentido a todas las estipulaciones, debiendo recurrirse a las expectativas del adherente, que descansan en esta naturaleza, para complementarlo. “De manera adicional, la consideración de la naturaleza presente ventaja de reducir las incertidumbres vinculadas a la interpretación, por cuanto el empresario puede prever los costos que envuelven las reglas dispositivas del derecho civil que determinan esa naturaleza”²¹.

“Podemos considerar contrato de por adhesión, aquellos en los que el oferente no está en posibilidad legal de alterar los términos de su oferta o sea, cuando existe una reglamentación estandarizada y uniforme de su clausulado.

En los contratos por adhesión, la oferta siempre se presenta como un conjunto de cláusulas reglamentadas que no puede transformar el oferente. Claro esta que para que haya contrato se requiere que tal oferta sea aceptada y, precisamente, la aceptación es la adhesión, que el destinatario hace a la propuesta de un modo expreso mediante una declaración de voluntad o tácitamente exteriorizado con actos idóneos su asentamiento”²².

²¹ Tapia Rodríguez, CPA, pp. 136 y 137.

²² Ruiz de Chávez y Salazar, CPA, p. 89.

La naturaleza del contrato alude a la distribución equilibrada entre los derechos, obligaciones, responsabilidades y riesgos de las partes previstas por las normas dispositivas del derecho civil. Si bien no es posible concluir que la intención común de las partes del contrato haya sido aceptar conscientemente cada una de esas normas dispositivas, al menos puede presumirse que el adherente confió que el sentido del contrato no sería radicalmente distinto al otorgado por esas normas.

En el derecho comparado esta regla ha sido vinculada al principio de buena fe, aunque muchas veces se confunde con la integración del contrato, hipótesis que está fuera de los alcances de la interpretación y que corresponde según a un efecto de nulidad parcial.

3. 3. 3 Seguridad Jurídica.

Frente al arcaísmo de las reglas dispositivas del derecho privado, las condiciones generales del derecho privado, las condiciones generales constituyen una reglamentación de las relaciones más analítica, exhaustiva y clara.

“De manera coincidente, el análisis económico del derecho ha afirmado que la justificación del empleo del contrato por adhesión en economías competitivas radica en su aptitud para reducir costos de transacción. El reconocimiento de su eficacia es consistente con las funciones que esta corriente asigna al derecho de contratos de mercados de competencia

imperfecta: reducir esos costos y promover situaciones más cercanas a la óptima asignación de recursos”²³.

De lo anterior se concluye que resulta eficiente que el empresario redacte los términos del contrato. El adherente, por su parte, también actúa con racionalidad económica al aceptar pura y simplemente esos términos, porque el mercado de las condiciones generales presenta elevados costos de información y, atendiendo usualmente las transacciones de cada oferente, siendo incluso más conveniente contratar términos poco favorables. Por la misma razón, tampoco es razonable que el adherente efectúe una comparación exhaustiva, en términos de costos y beneficios, entre la regulación de las condiciones generales y el estatuto del derecho dispositivo, y por ello, las eventuales ventajas de la regulación legal no son usualmente apreciadas por él.

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

²³ Tapia Rodríguez, CPA, p30.

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

Es claro que el redactor único, en un contrato, tendrá una inclinación de proteger sus propios intereses y también a otorgar el menor número posible de concesiones a la otra parte; también está claro que en este tipo de situaciones, se puede llegar a la injusticia. Sin embargo, existe múltiples factores que tienden a equilibrar este tipo de relaciones, como por ejemplo, la intervención del Estado, que revisa y aprueba esos contratos de adhesión, estableciendo topes de la contratación, o bien, concediendo derechos específicos a la parte débil; o la intervención del notario que equilibra esta relación jurídica, explicando a cada una de las parte el valor y las consecuencias jurídicas de la operación que celebran, lo que proporciona al notario un magnífica ocasión para prestar asesoramiento jurídico a la parte débil, cuando de esto carezca. Si el notario cumple con su deber de asesoría no por esto desvirtúa su obligación de ser imparcial, pues podría decirse que se inclina por la parte más débil al aconsejarle y crearle la conciencia que podría en casos extremos, impugnar el contrato por error o vicio en su voluntad; más bien cumple fiel y puntualmente con su obligación, pues debe informar a las

partes (aun cuando la que confecciono el contrato no lo necesite), sobre el *valor y consecuencias jurídicas* del contrato que celebran no le corresponde al notario hacerle saber o explicarles *valor y consecuencia económicas* del contrato que celebran; pues esto esta alejado de su responsabilidad, si el notario explica el valor y consecuencia jurídicas, cumple con su deber de obrar imparcialmente, pues en su calidad de jurisperito, debe advertir de esta circunstancia y si, a pesar de ello, las partes deciden contratar, las consecuencias económicas deben tenerlas presente, pues le tocará cumplirlas o sufrirlas en toda su dimensión.

En esta materia de contratos de adhesión la Unión Internacional del Notario Latino, en su XVI Congreso Internacional, celebrado en la ciudad Lima, Perú, en el año de 1982, recomendó: es importante que el notario haga constar en la escritura el contenido contractual ha sido unilateralmente establecido por la parte predominante. Recuérdese que existe una regla sobre interpretación de los contratos, expresamente recogida en algunas legislaciones, según la cual, la interpretación de la cláusulas de los contratos que sean oscuras o ambiguas no deben favorecer nunca a la parte culpable de la oscuridad o ambigüedad.

La Ley Federal de Protección al Consumidor, vigente en México, dispone en su Artículo 24 “La creación de un Registro Público de contratos de adhesión, cuya organización está a cargo de la Procuraduría Federal del Consumidor (organismo descentralizado del gobierno federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio), donde se registran los contratos de adhesión que se celebren con los diferentes proveedores de bienes o servicios en el país, de manera que los consumidores tengan la

certeza de que, dichos contratos cumplen con la normatividad aplicable; y dispone, también, que en caso de contratos de adhesión, sujetos a Registro, estos deberán contener un cláusula en la que se determine que la Procuraduría Federal del Consumidor será competente, en la vía administrativa, para resolver cualquier controversia que se suscite sobre la interpretación o cumplimiento de los mismos”.

Por lo que respecta a la contratación masiva el notariado mexicano se ha visto inmerso, siempre en las soluciones de los conflictos derivados de la explosión demográfica, que se traduce en escasez de todo tipo de satisfactores. Su calidad de jurista experto en diversas materias, le ha permitido interactuar con todos los sectores sociales, brindando la asesoría necesaria para la instrumentación de acciones coherentes dentro del marco de leyes, políticas y programas nacionales de desarrollo económico y social.

CAPÍTULO CUARTO

LA IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO, EN LA INTERVENCIÓN DE LOS CONTRATOS CREDITICIOS

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

4.1.1 ANTECEDENTES.

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

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

1. Permitir o facilitar la subrogación en los créditos que tenían los deudores con las Entidades Financieras, aunque en los contratos respectivos no estuviere permitido o se hubiese pactado una

comisión por prepago demasiado onerosa, logrando con ello una competencia entre dichas Entidades que beneficiara al deudor.

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

Los beneficios prácticos de ambas disposiciones han sido de enorme importancia en el mercado hipotecario de vivienda en la península ibérica, tal y como podemos apreciar en las conclusiones del VII Congreso de Notarios Españoles, dentro del tema general Suelo y Vivienda en el Siglo XXI, celebrado en la Ciudad de Madrid los días 8, 9 y 10 de mayo de 2003.

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

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

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

4.1.2 OBLIGACIONES DEL NOTARIO EN LA LEY DE TRANSPARENCIA Y DE FOMENTO A LA COMPETENCIA EN EL CRÉDITO GARANTIZADO.

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

Artículo 8. Los actos jurídicos relativos a los Créditos Garantizados se deberán otorgar en escritura pública, sin importar su cuantía. Con el objeto de procurar la uniformidad de los contratos de Créditos Garantizados,

éstos deberán contener un mínimo de cláusulas financieras incluyendo entre otras:

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

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

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

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

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

V. Las demás que establezcan las Reglas.

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

Artículo 9. Los fedatarios públicos frente a los cuales se otorgue la escritura tendrán las siguientes obligaciones:

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

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

III. Las demás que prevean las Reglas.

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

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

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

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

4. 1. 3 OBLIGACIONES DEL NOTARIO EN LAS REGLAS.

Al parecer la prisa con la que se aprobó la Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado, aunada a la falta de estudios serios del mercado hipotecario mexicano que debió hacer el poder legislativo, impidieron que se hiciera un ordenamiento, ya no digamos bueno, sino completo; & de la lectura de su articulado se desprende que los elementos más importantes del mismo serían determinados por Reglas de carácter general que al efecto la Secretaría de

Hacienda y Crédito Público se encargaría de publicar dentro de los seis meses siguientes a la publicación del propio ordenamiento, dejando en manos de dicha dependencia del Poder Ejecutivo la posibilidad de aumentar las obligaciones que emanan de la Ley, así como determinar las características de los elementos que son indispensables para su observancia.

El último día del plazo concedido, esto es el 30 de junio de 2003, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público publica en el Diario Oficial de la Federación las mencionadas Reglas, las cuales se componen de un total de diez y son importantes para nuestro estudio las siguientes:

Séptima. Contratos de Crédito Garantizado. Con el objeto de dar uniformidad a los contratos de Crédito Garantizado, éstos deberán de contener como mínimo las cláusulas financieras que contengan lo siguiente:

- I. El importe del Crédito Garantizado y su forma de entrega;
- II. Las condiciones que deba cumplir el Cliente antes de disponer del capital y el plazo para cumplirlas;
- III. La tasa de interés, la tasa moratoria, así como otras penas aplicables en caso de mora, y la obligación de proporcionar al Cliente el Costo Anual Total en los

estados de cuenta en términos de lo establecido en el Artículo 12 de la Ley;

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

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

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

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

Todas aquellas cláusulas que no sean financieras deberán estar ubicadas en capítulos o apartados identificados mediante encabezados que indiquen que son cláusulas generales o cláusulas no financieras.

Octava. Obligaciones de los fedatarios públicos. Con fundamento en lo dispuesto por la fracción III del Artículo 9 de la Ley, los fedatarios públicos, frente a los cuales se otorguen las escrituras públicas que contengan los contratos de Crédito Garantizado deberán, además de lo señalado en la citada disposición legal, efectuar lo siguiente:

I. En caso de que el importe o las demás características establecidas en la oferta vinculante sean distintos a lo pactado en las cláusulas financieras del contrato, hacer constar en la escritura que se haga ante su fe, que la entidad dio a conocer dichas diferencias al solicitante y le explicó las razones por las que la oferta vinculante no fue respetada, ya sea porque la información dada por el solicitante no coincida con la documentación entregada, o porque haya cambiado su situación crediticia o el valor de la garantía;

II. En caso de haber existido oferta vinculante, hacer constar en la escritura pública que la entidad dio a conocer al cliente el cálculo del Costo Anual Total del crédito correspondiente al momento de la firma;

- III. En su caso hacer constar, en la escritura que las partes declaran que no existió oferta vinculante previa a la celebración del contrato;
- IV. En todo caso, el fedatario deberá de hacer constar que el representante de la entidad explicó al solicitante los términos y condiciones definitivos de las cláusulas financieras, así como las comisiones aplicables y demás penas convencionales, y
- V. Entregar al Cliente una copia simple de la escritura que formalice el Crédito Garantizado correspondiente.

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

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

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

Por desgracia en México el legislador no quiso hacer lo mismo que las autoridades españolas, agregando un clausulado único a la Ley y se limitó solamente a señalar cuales deben de considerarse cláusulas financieras, y a delegar en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la facultad de dictar Reglas Generales que determinen sus características y contenido, sin embargo dicha dependencia también rehuyó su responsabilidad y solamente repitió el catálogo enumerado en la Ley con algunas adecuaciones menores.

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

Por lo que respecta a las nuevas obligaciones para los notarios contenidas en la regla octava, independientemente de la discusión sobre la

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

4.2 PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO.

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

Financieras, encontramos que el prestamista elabora el clausulado del contrato y el solicitante del crédito debe adherirse al contenido del mismo, sin ninguna modificación, pues en caso de no estar de acuerdo con los pactos previamente estipulados el crédito le sería negado.

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

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

solamente encontrábamos dispersas algunas disposiciones que se referían directa o indirectamente a la materia, como pueden ser:

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

CAPÍTULO X DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

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

Artículo 86. La Secretaría, mediante normas oficiales mexicanas podrá sujetar contratos de adhesión a registro previo ante la Procuraduría cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los

consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas o altas probabilidades de incumplimiento.

Las Normas podrán referirse a cualesquiera términos y condiciones, excepto precio²⁴.

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

Artículo 5. Quedan exceptuadas de las disposiciones de esta Ley, los servicios que se presten en virtud de una relación o contrato de trabajo, los de las Instituciones y Organizaciones cuya supervisión o vigilancia esté a cargo de las Comisiones Nacionales Bancaria y de Valores, de Seguros y Fianzas o del Sistema de Ahorro para el Retiro; así como los servicios profesionales que no sean de carácter mercantil²⁵.

²⁴ Fuente: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/115.htm?s= 01.03.04>

²⁵ Fuente: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/115.htm?s= 01.03.04>

b) La Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de enero de 1999, que en su capítulo segundo “De la Información de los Usuarios” Artículo 11 en relación a los artículos 56, 57, 58 y 59, se ocupa del tema:

Artículo 11. La Comisión Nacional está facultada para:

Fracción XVIII. Revisar y, en su caso, proponer modificaciones a los contratos de adhesión utilizados por instituciones financieras para la celebración de sus operaciones o la prestación de sus servicios;

XIX. Revisar y, en su caso, proponer a las instituciones financieras, modificaciones a los documentos que se utilicen para informar a los usuarios sobre el estado que guardan las operaciones o servicios contratados.

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

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

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

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

Artículo 59. Asimismo, la Comisión Nacional revisará y, en su caso, propondrá modificaciones a los documentos que se utilicen para informar a los usuarios sobre el estado que guardan las operaciones relacionadas con el servicio que este haya contratado

con las instituciones financieras, en términos de lo dispuesto por la fracción XIX del Artículo 11 de esta ley²⁶.

c) El Artículo 118-A de la Ley de Instituciones de Crédito, el cual se encuentra dentro del Título Sexto denominado “De la Protección de los Intereses del Público”, mismo que fue adicionado el día 19 de noviembre de 1995 dispone lo siguiente:

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

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

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

²⁶ Fuente: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/66.htm?s=01.03.04>

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

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores podrá ordenar a las instituciones de crédito que publiquen las características de las operaciones que formalicen con contratos de adhesión, en los términos que la propia Comisión indique²⁷.

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

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

²⁷ Fuente: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/42.htm?s= 01.03.04>

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

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

I. Capitalización de intereses. El artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, no es aplicable supletoriamente al contrato de apertura de crédito.

Las declaraciones del secretario de Hacienda y Crédito Público sobre la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintisiete de agosto de mil novecientos

treinta y dos, que hacen las veces de exposición de motivos de tal ordenamiento, son categóricas en cuanto al propósito de establecer contratos de crédito consensuales, distintos del préstamo y de otras convenciones tradicionales, para abrir un amplio campo de operaciones que la falta de prescripciones legislativas habían hecho imposible en México. A esa clara intención responde la figura jurídica denominada apertura de crédito, regulada por los Artículos del 291 al 301 de la ley indicada, de los cuales el legislador dispuso todo lo que estimó pertinente acerca de ese contrato; así, en el Artículo 291 se define el contrato; en el 292 se regula la hipótesis en que se establezca un límite máximo del crédito; en el 293 regula el supuesto de que no se fije importe máximo de disposición; en el 294 se reglamenta la hipótesis de que las partes podrán convenir en restringir el plazo o el monto del crédito concedido; en el 295 se establece que el acreditado podrá disponer a la vista, salvo convenio en contrario, de la suma objeto del contrato; en el 296 aborda la mecánica de las disposiciones y abonos en cuenta corriente; el 297 está destinado a establecer las reglas de pago por parte del acreditado cuando el crédito estribe en la aceptación de obligaciones a su nombre por parte del acreditante; el 298 tiene por objeto precisar que en la apertura se puede pactar el otorgamiento de garantías personales y reales y que se

entenderá que es por el monto del crédito ejercido; el 299 impide al acreditante negociar, previamente a su vencimiento y sin consentimiento del acreditado, los documentos que éste hubiere dejado en garantía; el numeral 300 preceptúa las reglas a seguir para la disposición y el pago del crédito y, el 301 enlista las causas de extinción del crédito. La detallada configuración que se ha reseñado pone de manifiesto que el legislador no incurrió en olvido u omisión en cuanto a la potestad de las partes para pactar que los intereses vencidos y no pagados puedan, a su vez, generar nuevos intereses, o la capitalización de intereses en este tipo de contratos por el contrario, la supresión realizada en la ley sobre esos puntos se debe interpretar en el sentido de que tales cuestiones se dejaron a la libre voluntad de las partes, con la única salvedad de que, cuando en tales convenciones funja como acreditante una institución de banca múltiple, deberá cumplir con las regulaciones que sobre el particular expida (como ya lo ha hecho para determinados créditos) el Banco de México. Esto último deriva de que los Artículos 6o., párrafo primero y 48, párrafo primero, de la Ley de Instituciones de Crédito, someten a las instituciones de banca múltiple, específicamente en cuanto a las tasas de interés y demás características de las operaciones activas que celebren, a las disposiciones de la Ley del Banco de

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

P/J. 48/98

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

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

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

4.3 ¿EL NOTARIO PODRÁ PARTICIPAR EN UNA ASESORÍA MÁS PARCIAL HACIA EL DEUDOR?

Antes de la entrada en vigor de la Ley de Transparencia y Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado, la actuación del notario en la celebración de contratos crediticios no podría favorecer al deudor, en detrimento de la Institución de Crédito, pues ello lo llevaría a violar las disposiciones de su propia Ley, que como ya hemos visto propone una imparcialidad absoluta notarial.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

posibilidades de una actuación efectiva que verdaderamente sirva para lograr al equilibrio de las partes que intervienen en los contratos que la Ley regula.

El Licenciado Erik Pulliam Aburto, Notario 196 del Distrito Federal, considera que este ordenamiento, es la continuación de una reciente política legislativa, que con el tiempo y la experiencia en su aplicación práctica, habrá de perfeccionarse y con ello crear un marco jurídico más adecuado, para aprovechar la actuación notarial de manera más eficiente.

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

1. Se limite el objeto de la Ley exclusivamente a créditos destinados a la vivienda y hasta un cierto monto, con el objeto de que la protección de la misma sea para aquellos que verdaderamente requieren de ella.
2. Se obligue a las Entidades Financieras a entregar de manera obligatoria ofertas vinculantes a sus posibles clientes, aunque ellos no lo soliciten, para así otorgar al acreditado la posibilidad de comparar las condiciones que ofrecen cada una de las instituciones.
3. Se debería de uniformar un clausulado tipo para los contratos crediticios, debiendo esto ser efectuado por la autoridad

correspondiente con la asesoría del notariado, prohibiendo su posterior modificación sin autorización previa y solamente en casos que así lo ameriten.

4. El contenido del clausulado financiero tipo se debería poner a disposición de los solicitantes del crédito en las sucursales de las Entidades Financieras para informarlos oportunamente de los pactos que tendrán que aceptar al momento de formalizarlo, transparentando con ello las condiciones del otorgamiento del mismo.
5. Prohibir a los notarios autorizar aquellos contratos de crédito que no contengan el clausulado financiero aprobado o bien que impongan obligaciones pecuniarias en contra del acreditado en las demás cláusulas del referido contrato.

Por último, la presente tesis coadyuvará al desarrollo económico del país, toda vez que al fomentar el crédito hipotecario, el posible acreditado o cliente de las entidades financieras tendrá mayor seguridad de involucrarse en un crédito seguro y adecuado a sus posibilidades económicas; así como éstas se obligarán a mejorar los servicios proporcionados generando mayor competencia entre ellas.

Por todo lo anterior nace la necesidad de incorporar de manera clara y precisa dentro del texto de la ley mayores garantías a los posibles acreditados al contratar un crédito hipotecario.

CONCLUSIONES

Como se ha visto en el desarrollo de la presente tesis, están íntimamente ligadas las necesidades sociales en relación con el notario, ya que como se asentó, el notario surge de la sociedad como respuesta a la necesidad de brindar a sus actos certeza y seguridad, por lo que el notario se convierte en el salvaguarda ideal de los intereses comunitarios.

La imparcialidad que busca el Notario, cada día es más exigente. La sociedad ha buscado una Institución que no es otra que el notariado, por su imparcialidad y autonomía, y que responde a los nuevos retos del mundo actual, por lo que se propone:

Primera. Es necesario que el notariado continúe, día a día, su capacitación, de conformidad a la evolución que la sociedad le exige, a efecto de enfrentar y solucionar las nuevas necesidades que soliciten sus servicios, certeza y seguridad jurídica que el conocimiento engendra y que no por falta de preparación, actúe en perjuicio de alguna de las partes. Que se convierta también en un consejero imparcial de las transacciones, contratos, asociaciones y demás actos jurídicos, convirtiéndose en un pilar de conocimientos y de imparcialidad ante la sociedad.

Segunda. El notariado consciente de la difícil condición de la clase menesterosa, dentro de su principio de imparcialidad debe de continuar dando seguridad a las clases que no cuenten con recursos para regularizar su situación económica, y que brinde sus servicios de igual forma al que

tiene capacidad para pagar sus aranceles, como aquel que difícilmente tiene para sobrevivir, y no se convierta el notario parte de sólo algunos sectores de la comunidad en la que sirve. El notariado, debe preocuparse y llevar a cabo, como lo ha hecho, escrituraciones masivas, en forma gratuita, en beneficio de las clases humildes. El Gobierno debe de dar facilidades al Notario, para el otorgamiento de estas escrituras, su apoyo incondicional ya que, sin éstos, el esfuerzo del notario sería aislado y desgastante.

Tercera. Para cumplir estrictamente con el principio de Imparcialidad que brinda el Notario, dentro de su actuar, garantía de su proceder y ajeno a toda inclinación particular o de interés político, económico o personal, su actuación debe de estar libre de vicios que acarreen las instituciones dependientes del gobierno.

Cuarta. La imparcialidad implica un estricto respeto al principio de la legalidad y exige una labor de asesoramiento e información. La imparcialidad del notario debe garantizar el nuevo orden contractual que se caracteriza por la búsqueda del equilibrio entre las partes y de la protección del consumidor.

Quinta. La Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado de nuestro país se reformara, en el objeto de esta, como ya se mencionó en el capítulo cuarto de esta tesis, siendo destinado exclusivamente a los créditos de vivienda, con la finalidad de que la protección de la misma sea para aquellas personas que verdaderamente lo necesiten.

Sexta. Las entidades financieras se obliguen a entregar de manera obligatoria ofertas vinculantes a los posibles clientes, aunque estos no lo soliciten de tal manera que el acreditado este en posibilidades de comparar las condiciones que ofrecen cada una de las instituciones.

Séptima. Que se uniforme un clausulado tipo para los contratos crediticios, debiendo esto ser efectuado por la autoridad correspondiente con la asesoría del notario, prohibiendo modificaciones sin autorización previa y solamente en casos que así lo amerite.

Octava.- El clausulado financiero tipo, se deberá poner a disposición de los solicitantes en las sucursales de las entidades financieras, con el objeto de informarlos oportunamente de las condiciones que tendrán que aceptar al momento de formalizarlo, buscando con ello la transparencia del otorgamiento mismo.

Novena. Prohibir a los notarios autorizar aquellos contratos de crédito que no contenga un clausulado financiero aprobado o bien imponer obligaciones pecuniarias en contra del acreditado en las demás cláusulas del contrato de referencia.

Décima. Por último, el Notario tiene la obligación de actuar imparcialmente, con las personas que le soliciten sus servicios, debiendo recibir, interpretar y dar forma a la voluntad de las mismas, redactando los instrumentos adecuados para conferirles autenticidad, advirtiéndoles de las consecuencias legales de sus declaraciones. En fin, que por su

proceder, siempre debe de actuar con moralidad, ética, razón, igualdad y objetividad para con las partes que soliciten sus servicios.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Ávila Álvarez, Pedro, *Derecho notarial*, 7ª. Bosch, Barcelona, 1990.

Bañuelos Sánchez, Froylán, *Derecho notarial*, 4ª. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1984.

Carral y de Teresa, Luis, *Derecho notarial y registral*, 6ª. Porrúa, México, 1981.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos civiles*, 7ª. Porrúa, México, 2000.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Derecho notarial*, 11ª. Porrúa, México, 2001.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Ética notarial*, 4ª. Porrúa, México, 1993.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Iconografía notarial mexicana*, Universidad Anáhuac, México, 1985.

Ríos Hellig, Jorge, *La práctica del Derecho notarial*, 5ª. McGraw-Hill, México, 2002.

Ríos Hellig, Jorge, *Los principios éticos notariales en la Ley del Notariado para el Distrito Federal*, Porrúa, México, 2001.

Ruiz de Chávez y Salazar, Salvador, *Contrato por Adhesión*, 2ª. Porrúa, México, 1997.

Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 15ª. Porrúa, México, 1997.

Tapia Rodríguez, Mauricio, *Contrato por adhesión*, 1ª. Jurídica Santiago de Chile, Chile, 2002.

Vallespinos, Carlos G., *Contrato por adhesión a condiciones generales*, 1ª. Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1984.

Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, 6ª. Porrúa, México, 1997.

Legislación

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal de Protección al Consumidor.

Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado.

Ley de Instituciones de Crédito.

Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Código Civil para el Distrito Federal.

Diccionarios

Diccionario Jurídico, 9ª Espasa-Calpe, Madrid, 2001.

Enciclopedias

Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, Porrúa, México, 2002.

Diarios Oficiales

Diario Oficial de la Federación de fecha 24 de noviembre del año 2004, Primera Sección, p112.

Diario Oficial de la Federación de fecha 30 de junio del año 2003, Primera Sección, pp. 2-12.

Diario Oficial de la Federación de fecha 30 de diciembre del año 2002, Tercera Sección, pp. 105-109.

Gaceta Oficial del Distrito Federal

Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha 28 de marzo del año 2000.

Consulta de Internet

www.info4.juridicas.unam.mx