

236  
2ej.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**"LA ACTIVIDAD NOTARIAL EN EL  
SISTEMA FINANCIERO MEXICANO"**

**T E S I S**

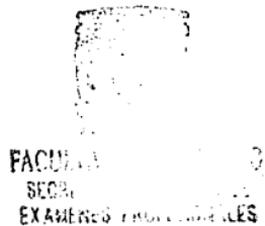
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :

**MARGARITO TRINIDAD ESCALONA REYNOSO**



**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

MEXICO, D. F.



1994



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

+C. COORDINADOR DE SERVICIOS ESCOLARES,  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO,  
P R E S E N T E .

FACULTAD DE DERECHO  
SEMENARIO DE DERECHO MERCANTIL

EL ALUMNO MARGARITO TRINIDAD ESCALONA - -  
REYNOSO, realizó bajo la dirección de este Seminario de -  
Derecho Mercantil, el trabajo titulado "LA ACTIVIDAD NOTA  
RIAL EN EL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO", que presentará -  
como tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho,  
siendo asesorado por la Lic. Margarita Ortiz Alfie; mismo  
trabajo que será sometido a la consideración del H. Jurado  
que habrá de calificarlo.

Comunico a usted lo anterior para los fines  
conducentes.

A T E N T A M E N T E .  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"  
Cd. Universitaria, a 22 de febrero de 1994.  
El Director del Seminario

DR. PEDRO ASTIBERIO URBIA

FACULTAD DE DERECHO  
SEMENARIO DE DERECHO MER.

Ccc.p.- Secretaría General de la Facultad de Derecho,  
c.c.p.- Srta. Lic. Margarita Ortiz Alfie,  
c.c.p.- Alumno.

PAU\*eol.

## LA ACTIVIDAD NOTARIAL EN EL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO

INTRODUCCION..... I

### CAPITULO 1o. EL NOTARIO.

1.- ANTECEDENTES.....	7
2.- ACTIVIDAD NOTARIAL.....	10
A).- FE PUBLICA.....	29
B).- AUTENTICACION.....	35
C).- RESPONSABILIDAD.....	37
3.- ESENCIA DEL FORMALISMO.....	40

### CAPITULO 2o.- EL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO.

1.- REGULACION.....	62
2.- INTEGRACION.....	87
a).- ORGANISMOS RECTORES.....	89
b).- INTERMEDIARIOS FINANCIEROS BANCARIOS....	90
c).- INTERMEDIARIOS FINANCIEROS NO BANCARIOS.	95

CAPITULO 3o.- LA ACTIVIDAD NOTARIAL EN LOS ACTOS, OPERACIONES  
Y CONVENIOS DE LOS INTERMEDIARIOS FINANCIEROS.....105

1).- OPERACIONES COMUNES A CUALQUIER SOCIEDAD MERCANTIL.....	107
2).- OPERACIONES Y SERVICIOS DE INTERMEDIA- CION FINANCIERA.....	115

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA.

A DIOS, por la gran familia en que me participo:

MIS ABUELOS: Dolores+ y José Trinidad+

MIS PADRES: Rosario y Liberio Manuel

MIS HERMANOS: Joel, Javier, Esperanza, Gustavo, Estela,  
Jorge, Adolfo, Norma, Manuel, Rosario y  
Patricia.

MIS SOBRINOS: Angélica, Adriana, Francisco, Marina, Joel,  
Julio Cesar, Miguel, Irving, Rosario, Gamita+

MI ESCUELA: Universidad Nacional Autónoma de México.

A PILI: Por lo que significas.

A todos aquellos: amigos, profesores,  
compañeros, familiares, quienes con su consejo, comprensión y  
paciencia han hecho esforzarme más.

A Rosalba, Martha, Anita, quienes no obstante  
el cúmulo de trabajo sacrificaron horas de su tiempo libre  
para ver materializado este anhelo.

Y finalmente a tres inolvidables seres a  
quienes Dios llamó en el año de 1993, y que representaban  
consejo y guía; el ansia y anhelo de vivir, los sueños y la  
ilusión de un sentimiento.

## INTRODUCCION

Para determinar al notario es necesario partir de la consideración de su actividad, de la posición que ocupa en -- nuestra sociedad, a su vez en constante transformación, ello provoca el cuestionamiento de su actuación, y sin embargo, se reconoce que diversidad de relaciones requieren de su intervención.

Su papel habremos de encontrarlo dentro de las relaciones de particulares, así como de éstos frente al Estado, o incluso dentro de los propios órganos públicos. Por tanto, se le ha definido a partir de su contexto, destacándose dos grandes sistemas: el notario de tipo latino y el anglosajón, limitado este último a la autenticación de firmas de las partes, sin inmiscuirse en el contenido del acto, mientras que el primero, no se limita a ser el certificador de determinados actos o hechos, sino que atribuye al documento un valor, su intervención garantiza que las partes han consentido y contratado.

Conforme al sistema latino el notario es una persona que ha demostrado tener los conocimientos necesarios para actuar como profesional del derecho y se trata en nuestro derecho de un profesional investido de fe pública, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo. A través de él sabemos que el acto se otorgó conforme a derecho y que lo relacionado en él es cierto, proporcionando así seguridad jurídica.

Facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignan actos y hechos

jurídicos, la Ley del Notariado le proporciona el procedimiento que ha de seguir y en el resto de la legislación, sea pública o privada se halla por el sistema permisivo- el elemento donde el notario puede actuar. Por ende, el campo de actuación deriva amplio, tan amplio como se le requiera: en materia política, administrativa, civil, mercantil, familiar, por mencionar algunos campos de actuación.

Durante mucho tiempo el notario ha sido y es, entre otras personas, depositario de la fé pública y esta expresión generalizada resume una serie de bondades que se ha ganado y consecuencia de ello, el documento que de él emana, una vez otorgado, permanece en tiempo indefinidamente, sin posibilidad inclusive para las partes, de discutir su conformación formal o de fondo, ajeno a los intereses en juego o a las variaciones que pretenda imponerle la débil memoria humana.

Históricamente, la razón de ser más importante del notario es la de aconsejar a las partes y redactar el instrumento, en esto precisamente radica su distinción: escucha, interpreta, aconseja, prepara, redacta, certifica, autoriza, reproduce. La fé pública le fue otorgada después pero es innegable que a partir de ello se refuerza en su actuación.

La sociedad ha evolucionado y las relaciones jurídicas son cada día más complejas. El avance, de la tecnología y la ciencia misma, nos impone figuras negociales difíciles de encuadrar dentro de las categorías jurídicas tradicionales,

ahora ya superadas. Hay quienes incluso pensaron en el derecho como obstáculo al cambio social y de verdad pareciera que en ocasiones se es impotente para dar soluciones jurídicas. Y esto no queda reducido al ámbito del llamado derecho privado, vemos cambiar el panorama de las estructuras públicas y modificarse incluso la noción de los llamados derecho público y derecho privado, y el campo de aplicación de cada uno de ellos.

La ley anteriormente solía ser estable en su contenido y los contratos resultaban ciertos y seguros en cuanto al contenido cualitativo de las prestaciones concertadas, se decía que imperaba la voluntad de las partes. Pero ahora, ante el influjo de la actividad económica, las fronteras borrosas del derecho público y el derecho privado se aminoran cada vez más, reduciéndose sobretodo el campo del último, y el ámbito del contrato se reduce en extensión y contenido, basta listar la cantidad de leyes que imponen la leyenda "de orden público e irrenunciables", "se tendrán por no puestas", "producen nulidad absoluta".

De todos estos fenómenos se tiene que estar pendiente pues si antes la ley y el contrato eran factores de seguridad jurídica y económica ahora pareciera que derivan en obstáculos para la seguridad en sí.

He aquí el reto para la institución notarial, hasta ahora vista como el paradigma de la seguridad pero también de un proceso riguroso. Si en sociedades menos complejas se ha requerido de la pericia y de la fé del Notario con más razón se necesitará en el nuevo mundo de relaciones, aún más

necesaria será la labor del Notario, para que traduzca en declaraciones de voluntad técnica y perfectamente elaboradas, las expresiones confusas de las mismas voluntades. Podrá así variar la circunstancia del notariado, o sea el campo y el ámbito de aplicación de su actividad, pero no su concepto ni su esencia. De tal manera que el notario que no tome en cuenta los cambios de la sociedad, no sólo perderá gran número de sus clientes, sino además pondrá en peligro la estabilidad de su profesión y otros juristas asumirán su tarea y el público llegará a considerarlo como un elemento superfluo, dilatorio y costoso. El notario que se limita a poner su sello y firma no es otro que el notario anglosajón, el amanuense del abogado, y no hace de sí mismo si no un factor molesto, por esto, además de la formación profesional, de los conocimientos técnico-jurídicos requiere de una actitud acorde al cambio social.

Su actividad habremos de particularizarla dentro de nuestro sistema financiero. En el primer capítulo delimitamos al notario, precisamos algunos antecedentes para enunciar su actividad actual con sus valores y a su vez principios: la fe pública, la autenticación y su responsabilidad, su problemática, para pasar a la esencia del formalismo, ello porque el notario es el órgano genérico de las formas jurídicas, aunque por la mayor ingerencia del sector público y la masificación de la contratación se pretenda relegarlo. En el segundo capítulo analizamos al sistema financiero, primero en su evolución para derivar en la legislación vigente, que a su vez nos proporciona las instituciones que lo conforman y percatarnos de la cada vez menor distinción

entre los intermediarios financieros y por ello habría que pensar en la unificación de la legislación financiera. En el último capítulo tratamos la intervención que tiene el notario en la intermediación financiera y lo dividimos en operaciones y actos que realizan acorde a su carácter societario, como su constitución y reformas, y en operaciones peculiares a cada intermediario. El planteamiento es meramente enunciativo porque por el principio de libertad de forma y de rogación podrá participar cuando haya necesidad de documentar y proporcionar certeza a las relaciones contractuales.

En el ámbito financiero, deberá tomar en cuenta, a instituciones civiles y mercantiles que plasmará en su instrumento, y considerar las nuevas relaciones de comercio, nacional e internacional. Habrá que considerar que el derecho mercantil no desarrolló sus propias instituciones sino que parte de la doctrina y legislación civil, la que a su vez tiene como marco el derecho romano. Esto, porque muchos de los negocios del tráfico mercantil no encuentran un total tratamiento legislativo en la propia ley mercantil, debiéndose recurrir a otras ramas del derecho para integrarlos. El notario debe prestar una asesoría integral al autorizar un instrumento que contenga negocios provenientes del tráfico comercial. Se supone que es un perito en las ciencias jurídicas, por tanto, debe ser cauteloso al llevar a cabo la integración de ambos derechos, máxime por el poco formalismo del tráfico mercantil, la proliferación de formatos y de contratos de adhesión de uso frecuente en la materia.

## CAPITULO I

### EL NOTARIO

#### 1.- ANTECEDENTES

La Institución del Notariado se halla desde las primitivas comunidades aunque no con las características actuales. - se ha pretendido ubicarlo en distintos personajes que de una u otra forma se relacionaban con la reproducción de hechos o actos, considerados por esa "comunidad" como relevantes.

Para Neri(1) la historia del Notariado se resume en tres tendencias:

a).- Una primera llamada Antigua; todos los preceptos históricos, aún rudimentarios, deben admitirse como elementos integrantes de una efectiva organización desenvuelta con armonía y unidad sustanciales;

b).- La segunda, conocida como Clásica, sostiene que el Notariado "como institución potestativa de la fe pública", sólo adquiere tal carácter bajo la égida esplendorosa del imperio romano, precisando que la época anterior sólo obedeció a una época sujeta al personalismo del funcionario; y

c).- La tercera, denominada Renacentista, afirma que el inicio está en la Universidad de Bolonia, a través de los estudios de Pepo y de Irnerio, y los posteriores de Rolandino, porque ahí se enseñó y difundió la ciencia y el arte de la Notaría.

(1) NERI Argentino I, Tratado teórico y práctico de derecho notarial, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973, p.p. 472-3.

Por su parte, Avila, (2) también nos resume los distintos grados en que puede intervenir un tercero, y los denomina:

1) Amanuense: expresa gráficamente lo sugerido por las partes.

2) Simple redactor: da forma al pensamiento y voluntad de los interesados, sin añadir valor alguno al documento.

3) Redactor testificante: añade al documento una credibilidad dependiente de las cualidades del redactor.

4) Redactor fideifaciente, con cuya intervención el documento goza de crédito independientemente de aquellas cualidades del redactor y por imposición del poder público.

Agrega, que cada uno de ellos constituye un estadio en la evolución del notariado.

Los antecedentes exactos en torno al Notariado, aún no se tienen muy precisos, por la falta de claros conocimientos respecto del grado de civilización de los pueblos primitivos. "Del escriba, casuista y empírico, que vivió en aquellos diminutos tiempos, al notario, científico y técnico, que actúa en esta ingente época, media un abismo. Cabe advertir, no obstante, que pese al ahonde existente tales personajes entrañan un parecido extraordinario con relación a sus épocas y en cuanto a recepción y redacción de acontecimientos jurídicos de la voluntad humana". (3)

En Babilonia, con Hamurabi, aparece un conjunto de siete tablillas, en las que se contiene la colección de frases sumarias relativas a negocios jurídicos y Leyes, constituyendo una obra destinada a los escribanos y Notarios. Así pues, este derecho nos da testimonios de contratación

(2) AVILA ALVAREZ, Pedro. Estudios de Derecho Notarial. 4a. edición, Edit. Montecorvo, S.A., Madrid, 1973, p. 23.

(3) NERI, op. cit., p. 472.

escrita que se remonta a los primeros años de la historia, por el año de 2900 A.C., cuya escritura era cuneiforme.

Respecto de los griegos, por algunos textos literarios y jurídicos romanos se conoce al singrafe, que según la teoría era un documento público, en el que concurrían numerosos testigos: llevaba la firma del escribano y tenía carácter ejecutivo; a diferencia de otros documentos que solamente tenían un simple carácter probatorio. Y según Athié(4) el depósito de estos documentos en archivos públicos abrió la posibilidad de que fueran redactados directamente por funcionarios encargados del archivo, los que realizaban una verdadera función notarial incipiente.

Sin embargo, es en el derecho romano donde hallamos los primeros antecedentes del notario actual.

En él la palabra "notario" se refería a un encargado de tomar notas que servían de ayuda a los auxiliares de la justicia (tabeliones). Conviene destacar, como precedentes remotos del notario en la época del Imperio: al tabularius y al tabellió.

El tabularius, en un principio oficial administrativo custodio de documentos del Estado, devino como un notario archivero de documentos privados. Desempeñaba originalmente funciones oficiales del Censo, y seguramente al decir de Sanahuja y Soler,(5) por el hábito en la custodia de documentos oficiales debió generalizarse la práctica de que se le entregara en depósito los testamentos, contratos y documentos que los interesados estimaban debían guardarse con la prudencia debida para que en su día produjeran efecto.

Su función no es sólo importante sino variada, por su

(4) ATHIÉ CARRASCO, Alejandro, "Algunos datos sobre el Notario". Revista de Derecho Notarial Mexicano, Vol. VIII, No. 25, Junio de 1964, México, p. 9.

(5) SANAHUJA Y SOLER, José María, Tratado de Derecho Notarial, Tomo I., Bosch, Casa Editorial, Barcelona, España, 1945, p. 121.

carácter altamente administrativo, y sobre todo tributario que trajo como consecuencia la falta de confianza del público, evolucionando por ello más hacia la administración que hacia las operaciones privadas.

Así, dejó el campo libre al Tabellio, quien llegó a ser el antecesor directo surgido de las costumbres sociales. Aparece con carácter simplemente privado: era un ciudadano romano, cuyo oficio consistía en redactar contratos por cuenta de terceros, obtener el consentimiento de las partes y llevarlo al Poder Judicial y, por tanto, los documentos que extendía eran meros "instrumenta privata", es decir, instrumentos que sólo adquirirían fuerza probatoria por la intervención de los testigos, al contrario de los "instrumenta pública", que tenían carácter auténtico, emanados de la autoridad pública, y por tanto no necesitaban apoyo testifical. Así, en el derecho romano el origen de la escritura pública surge de la Insinuación Judicial: la elevación a instrumento público por parte del Estado, a través del Poder Judicial de los contratos privados.

Por esto, la mayoría de los autores dicen que en Roma no son los notarios sino los jueces los que dan fé pública y fuerza probatoria a los actos, de los que concluyen que el notario romano es más profesional que funcionario.

Los documentos romanos, hasta el siglo III A.C., eran privados y hasta entonces se comienza a otorgar el documento judicial en forma de declaración ante un funcionario, sin función notarial alguna determinada y en lo privado, se redactaba por un profesional; a este documento se llamó "tabellio".

Durante el periodo post-clásico y bizantino, se atenúa - el formalismo, se pone en el pretor los elementos necesarios para ello, cobrando el documento valor constitutivo con Justiniano en el año de 521, se establece el valor del

documento como medio de crear obligaciones, y respecto al notario resultan las ideas de patente o nombramiento: la de jurisdicción territorial, la de escribir en papel especial, por esto Rafael Nuñez Lagos afirma "yo no he encontrado el menor indicio de que los documentos redactados por el tabelión romano tuviera ninguna de las notas características de la fe pública, que en Roma, lo mismo que hoy día, únicamente emana de funcionarios públicos..... El tabellio era un jurisconsulto paralelo al abogado: pero no intervenía en lo contencioso, sino únicamente en el asesoramiento de los contratantes y en la redacción de sus negocios jurídicos. Desempeñaba las mismas funciones de consejo y redacción que hoy tenemos los Notarios latinos. Pero sus documentos sólo posteriormente se convertían en públicos por la solemne formalización ante el magistrado". (6)

De lo anterior destacamos que los orígenes del Notariado son remotos: pero con la jerarquía de funcionario público, tal institución es relativamente moderna.

En los siglos posteriores a la invasión germánica, se acudió a los monjes y clérigos para la redacción de los convenios. Surgió así el Notariado eclesiástico, la "liturgia" notarial.

La primera manifestación del Notariado, como organización de auténtica función pública, surge en Francia con el advenimiento de los iudices chartularii, obra iniciada por Carlomagno: "fueron personajes del estado investidos, de potestad suficiente para reducir a instrumento, con signo de fe pública, las declaraciones de voluntad de los contratantes". (7)

Aunque, para Bernard Monassier... el Notario, tal como

(6) NUÑEZ LAGOS, Rafael. Estudios de Derecho Notarial, Tomo I., Artes Gráficas Soler, Madrid, España, 1986, p. 85.

(7) NERI, op. cit., p. 475

se lo concibe hoy. surge primero en el norte de Italia. en las ciudades de Perugia, Boloña, Génova. Resulta imposible precisar la fecha de renacimiento de nuestra profesión. Podemos situarla entre fines del siglo X y principios del - siglo XI. Coincide con el renacimiento del Derecho Romano".(8)

Mención aparte merece la Escuela de Bolonia, punto de encuentro del Derecho romano y del germano. Fundada en 1228 por Ranieri di Perugia. Destacado representante de esta escuela es Rolandino Passageri o Rolandino Rodolfo, llamado "El príncipe de los Notarios" por sus fórmulas y escritos.

Por ello. la mayoría de los autores(9) cree encontrar en la Edad Media, el origen de esta Institución. Su evolución de simples personas que escribían en hombres conocedores del derecho, puede afirmarse que recién nace en el siglo XIII, con la Escuela de Bolonia. en donde aparecen los primeros instrumentos jurídicamente autorizados.

En Alemania, con Maximiliano I de Alemania. en su Constitución de 8 de octubre de 1512 se asientan los principios fundamentales del Notario moderno.

Respecto a España. la primera reglamentación formal del Notariado fue suministrada por el Fuero Real en 1255. Diez años después. Las Partidas establecieron disposiciones que reconocían al notariado como una institución potestativa de Fe pública. En dicho Cuerpo legal encontramos ideas y expresiones suficientes para formar un concepto descriptivo del Escribano. en el que se señalan tanto los requisitos que aquél debe reunir. el ámbito de su función y la eficacia de su intervención:

"...Escribano es el hombre sabedor de escribir y

(8) MONAGSIER, Bernard. "Notariado y Empresa, Reseña Histórica". Revista Internacional del Notariado, año XVIII, No. 79. Buenos Aires, 1980, p.p. 85 y 86.

(9) AVILA, op. cit. p. 24.

entendido en el arte de la escribanía....que escribe las cartas de las "vendidas". y de las compras, y de las posturas que los hombres ponen entre sí, ante ellos en las ciudades, y en la villas, y las otras cosas que pertenecen a este oficio, quedando recuerdo de las cosas pasadas en sus registros, en las notas que guardan y en las cartas que hacen, y de cuyas cartas nace averiguamiento de pruebas y deben ser creídas por todo el Reino....".

Para nuestro derecho don Bernardo Pérez Fernández del Castillo(10) señala como precedente del notario, entre los aztecas al tlacuilo, artesano azteca que dejaba constancia de los acontecimientos, por medio de signos ideográficos y pinturas.

En América, con el establecimiento del Imperio Español, se trasladaron sus instituciones jurídicas y administrativas.

"Desde el primer contacto del viejo mundo con el nuevo, los escribanos participaron como testigos y relatores de los acontecimientos. Fue el escribano "de Ración" de los Reyes Católicos, Luis de Santangel quien intervino en las capitulaciones celebradas por los Reyes Católicos y Cristóbal Colón que propiciaron el descubrimiento del Nuevo Mundo".(11)

Muchos autores señalan a Rodrigo de Escobedo como el primer escribano que ejerció su oficio en América.

Los escribanos durante la conquista tuvieron mucha intervención; y podemos mencionar Diego de Godoy quien dió fe de la fundación de la Villa Rica de la Veracruz el 21 de abril de 1519, a Francisco de Orduña quien dió fe de la celebración de la primera reunión del antiguo Cabildo de la

(10) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Protocolos Antiguos del Archivo de Notarias, U.N.A.M., México, 1980, p. 490.

(11) CHICO DE BORJA, María Elena, Historia del Colegio de Notarios 1792-1901, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 1987, p. 5.

Ciudad de México.

Durante la época colonial, los escribanos eran nombrados por el rey divididos en dos grandes grupos:

I).- Aquellos cuya función no se encontraba unida a una determinada rama de la administración pública, distinguiendo a su vez:

a) Los escribanos reales, podían actuar en todo el territorio menos donde existían escribanos del número: y

b) Los escribanos del número, también denominados escribanos públicos del número de villas y ciudades, limitados a actuar dentro de una determinada circunscripción territorial.

II).- Aquellos cuya función estaba unida ó en relación a una determinada rama de la administración pública.

Por tanto, mientras el término escribano público servía tanto para referirse a su función pública como a su cargo, también era usado por otros funcionarios que eran fedatarios única y exclusivamente en el desempeño de funciones específicas, mientras que el término notario se refería a los escribanos eclesiásticos regulado por el derecho canónico que tenían como jurisdicción los asuntos propios de la Iglesia en los obispados y parroquias y se dividían en notarios mayores y notarios ordinarios. Aunque en la práctica, dichos términos fueron convencionales: se usaban indistintamente para designar a todo aquel que ejercía funciones notariales.

En 1776, varios escribanos de la Ciudad de México iniciaron gestiones para erigir su Colegio de escribanos, y el 27 de diciembre de 1792 se creó solemnemente el Real - Colegio de Escribanos de México bajo el patrocinio de los cuatro evangelistas.

La Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia en los tribunales y Juzgados del Fuero Común expedida el 16

de diciembre de 1853 para algunos. constituye la primicia de la organización nacional del notariado.

Durante el Imperio, se expide el 30 de diciembre de 1865 la Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de escribano, que por primera vez adopta el término de notario, dejando el de escribano a los actuales secretario y actuario de juzgado.

Don Benito Juárez expidió el 23 de noviembre de 1867 la Ley Orgánica de Notarios y actuarios del Distrito Federal, y se reitera la distinción anterior, establece la incompatibilidad entre ambas figuras, y exigía estudios de algunas materias legales para obtener la autorización respectiva.

Para esta fecha, a pesar de ser una Institución poco conocida, don Ignacio Burgoa expresaba: "El Notariado debe subsistir y aún perfeccionarse en México, con absoluta separación de las funciones de actuarios..Debe exigirse en lo sucesivo al Notario que nuevamente se reciba mayor caudal de instrucción de la que antes se les exigía..Debe también prevenirse, que el Notario no pueda ser empleado de ninguna oficina del Supremo Gobierno ó de la Municipalidad...y que no desempeñe en suma, ningún otro empleo o comisión, que no sea su profesión de Notario y lo conceptuaba como "...El funcionario honrado y acreditado en la sociedad que por lo común merece la confianza íntima de todo el mundo, y a quien confían todos los interesados en su testamento ó contrato, su fortuna, derechos y obligaciones, para que imparcialmente sin dolo ni mala fe dé en lo privado a cada uno lo que es suyo".(12)

Durante el siglo pasado las características que arroja la Institución son:

(12) BURGOA, Ignacio. "Concepto que del Notario se tenía a fines del siglo XIX", Revista de Derecho Notarial, año IVII. No. 50, Marzo de 1973, México p. 106.

La adopción del término notario. comienzan aunque de manera incipiente, los exámenes de los aspirantes. y con una función por exclusión, es decir, se referían a actividades no encomendadas en forma exclusiva a algún otro funcionario.

Durante el Porfiriato se promulga la Ley del Notariado (diciembre de 1901) que abrogó todas las Leves anteriores relativas al notariado, por primera vez se exige el título de abogado. se eleva al notariado al rango de las instituciones públicas, y se exige que otorgue una fianza para garantizar eventual responsabilidad, se limitó el número a 50.

La Ley de 9 de enero de 1945, nuevamente reitera el carácter público de la función, establece el sistema de oposición para obtener el nombramiento.

Y finalmente llegamos a la actual Ley del Notariado para el Distrito Federal publicada en el Diario Oficial de 8 de enero de 1980. En la que se remarca la función notarial como de orden público ejercida por particulares licenciados en derecho y en atención a ello define al notario. Cataloga la prestación como "Servicio Público del Notariado" (arts. 4 y 8 de la propia Ley) aunque preferiríamos llamarle servicio de interés general toda vez que la dación de fe no implica para su ejercicio el otorgamiento de una concesión.

## 2.- LA ACTIVIDAD NOTARIAL

Destacar la importancia de la actividad notarial es necesaria frente a las múltiples finalidades que cumple dentro de la vida económica y jurídica de la sociedad contemporánea.

La seguridad en las diversas manifestaciones de voluntad que se presentan en el ejercicio del postulado de la autonomía de la voluntad privada es lo que ha dado lugar a que se exija la continuidad y la permanencia de la institución notarial, ya sea que se trate del carácter de

solemnidad que requieren ciertos actos como los testamentos, las formalidades de las operaciones sobre bienes raíces, o aquellas que requieren de la vía notarial para poder producir la totalidad de los efectos que la ley confiere a ciertos actos o va se trate simplemente de los acuerdos entre particulares a los que se quiera dotar de un carácter probatorio especial al darles forma pública.

La institución notarial ha logrado arraigarse dentro de la sociedad mexicana adaptándose a los numerosos cambios que la tecnología va imprimiendo a los diversos sistemas jurídicos, lo que además se manifiesta en la proliferación de notarias, algunas de las cuales han adoptado para su trabajo nuevos sistemas como la informática, en obvia adaptación a la propia realidad social.

La notaría es ciencia y arte: comprende las nociones teóricas del derecho notarial y conlleva la necesidad de asegurar la realización práctica de ese mismo ordenamiento.

Su existencia comienza por ser un recurso demandado para la prueba de las relaciones jurídico-contractuales y culmina por ser un medio de seguridad legal, de un medio emanado de la actividad civil de los pueblos afirmado por la costumbre, terminó por ser potestativo del poder público, quien se limitó a sancionar en ley lo que ya existía en la práctica.

Existen entre los distintos negocios o transacciones jurídicas, algunos que revisten mayor importancia para la vida económica y social. Se ha establecido que requieran para su normal desarrollo de medios adecuados que proporcionen seguridad en cuanto a su existencia y veracidad, ello se cumple a través de la actividad notarial, ajustada siempre al principio de legalidad.

El notario mediante su consejo, casi siempre logra equilibrar los intereses de las partes, aclara posibles vicios de voluntad y sin sustituirla la conforma legalmente en un-

documento auténtico. Se recurre a él como consejero. y en ocasiones. hasta como confesor. porque se confía en él. en su imparcialidad. porque su intervención es requerida por ambas partes, sometido única y exclusivamente al imperio de la ley, guiado por el espíritu de equidad y llegado el caso defiende a alguna de las partes cuando el equilibrio parece perderse.

En principio se confiaba en él porque sabía escribir, representaba, al testificador idóneo para documentar los hechos presenciados. posteriormente. se confió en su conocimiento legal y se impuso el carácter de jurista. Por estas consideraciones se parte de la noción de que realmente presta un servicio a la sociedad, de ahí su permanencia y la justificación de su existencia. "El Notario es una creación social, no una creación de las normas".(13)

No es creación del poder soberano: no fue el rey, el monarca, el señor feudal o la corte su creador, nace de la propia sociedad para llenar un vacío, escribir por el que no sabía para posteriormente adoptar la elaboración y configuración jurídica de los negocios, previa audición de las partes.

Nuñez Moreno afirma: "Nosotros vemos claramente la distinción en el funcionario público como un concepto genérico y funcionario del Estado, que tiene un carácter específico. Funcionario público es, en términos generales, el que ejerce para el bien común habitual y transitoriamente. Funcionario del Estado es el que ejerce una función pública que directa e inmediatamente interesa al Estado".(14).

El notario asiste e interviene en la génesis y desarrollo del negocio jurídico que se somete a su

(13) ISOTTI, Arturo. "El Notario, profesional liberal". Revista Internacional del Notariado, año XIVIII, No. 75, Buenos Aires, 1979 p. 117.

(14) Citado por SANJULIA Y SOLER, op. cit. p. 245.

autorización y despliega una labor de dirección y ajuste a fin de adecuar el acto al interés de las partes y a la ley, relata los hechos en cuanto suceden, sin alterarlos porque para la total eficacia requieren el otorgamiento de las partes. Emerge del principio de rogación (art. 10 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal y que en lo sucesivo señalaremos exclusivamente como la Ley del Notariado) como muestra inequívoca de la manifestación de la autonomía de la voluntad, y son los propios particulares quienes inician su actividad.

La actividad notarial tiene como elemento constitutivo la recepción de la voluntad, para configurarla jurídicamente y autorizarla en el instrumento que atestigua la observancia de las formalidades consiguientes. Puede ser contemplada desde el punto de vista del documento mismo o desde su finalidad. El primero nos refiere a las formalidades que en el siguiente apartado comentamos, y el segundo a sus fines y objetivos. En principio nos referimos al segundo punto. A través de ella el notario cumple una labor de dirección y de asesoría (art. 33 de la Ley del Notariado) que le permite aconsejar a los particulares los medios jurídicos eficaces para la obtención de sus respectivas pretensiones. Lo anterior le otorga un determinado poder que le permite establecer un control respecto de la actuación de los particulares; el de orientación, por el que aplica su propio criterio de interpretación de las normas de acuerdo con los principios de legalidad, de autonomía de la voluntad privada y de la libertad contractual.

A través de esto apreciamos la función social que cumple el Notario al ejercer la fe pública que le confiere el Estado, y así se explica como Nuffez Moreno lo cataloga como funcionario público.

La realidad social nos impone fijarnos en dicha

actuación y en su figura. Por una parte, el ejercicio notarial subsiste pese al impacto de la transformación profunda y caótica de la sociedad que innova su propio contenido, los modos de contratar sus valores, el propio concepto de "público" a la vez que cambiante tiende a ensarcharse: también se observa la industrialización y la consiguiente estandarización de las formas contractuales. Estos fenómenos cuestionan como ha de establecerse la base de su actuación, de como ha de ser dentro de las instituciones de la sociedad a la que esta llamado a servir.

Hoy. ¿qué hace ó qué es el Notario?

Etimológicamente el término. parece provenir del "noscere" que significa conocer; porque era él quien escribía en notas -"notae"- los actos y contratos que le pasaban o dictaban los interesados.

Por su parte, en la Ley del Notariado se le define:

"Notario es un licenciado en derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de Ley a los instrumentos. en que se consignent los actos y hechos jurídicos.( art. 15).

De los conceptos anteriores se destaca el doble aspecto de profesional del derecho y funcionario público.

"Como profesionales, asesoran a quienes le piden su actuación y proponen medios idóneos para satisfacer su pretensión, y como funcionarios ejercen la fe pública; tanto en los hechos ( exactitud en lo visto, oído o percibido) como en el derecho: la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de las partes en su instrumento redactado por él conforme a las leyes."(15)

(15) AVILA ALVAREZ, Pedro, op. cit, p. 11.

Además de profesional del derecho; la ley exige otro requisito adicional, tener una especialización en el campo notarial, lo que se desprende de la práctica que deben realizar para poder presentarse a los exámenes respectivos. De modo que el notario es considerado como un particular encargado de una función pública - la ley del notariado habla de "servicio público notarial-, que debe manejar este cargo con carácter estrictamente profesional, siendo su actuar autónomo, sin dependencia de poder estatal alguno, no obstante la amplia regulación que de él se hace en aras de seguridad. Se infiere que debe buscar más allá de las normas nuevas soluciones a los problemas que la vida y su evolución jurídica van presentando, procurando porque tengan aplicación las nuevas tendencias del derecho. Como profesional privado que es, tendrá la clientela respectiva según el grado de confiabilidad que inspire a la sociedad.

La mayor parte de las legislaciones notariales- incluyéndose nuestro derecho hasta la anterior ley lo califican de "funcionario público", y le agregan como apéndice el carácter de profesional del derecho, ejerciendo la fe pública notarial, tanto en el plano de los hechos como en el del Derecho. El problema, no es tanto la definición o concepto legal, sino el que algunos notarios se inclinen más por considerarse " funcionarios públicos".

Ahora, es casi unánime reconocer su doble carácter, y en ambos sentidos , como tal aplica el derecho antes, durante y después, incluso del otorgamiento del instrumento. Encargado de dar forma y autenticar los actos jurídicos, en esa medida sirve al interés público, por ello es un funcionario , o en términos actuales servidor público, mas por su finalidad que por posible pertenencia a un órgano estatal; con matices especiales: es independiente en su actuación, reafirmada por su responsabilidad, y es elegido por los particulares, quienes a su vez le retribuyen por sus servicios.

En nuestra legislación hallamos elementos que pudieran catalogarlo como funcionario público, su designación finalmente es sancionada por un órgano público, quien además le fija su jurisdicción, obligatoriedad y continuidad de su actuación.

"En el ejercicio de su misión el Notario ejerce la fe pública de modo profesional, constante y por delegación que el Estado reglamenta. En consecuencia debe ser considerado como un funcionario público, como pública es su función".(16)

Sin embargo, la propia organización de la actividad notarial y el sistema de responsabilidad, en un plano práctico, se hallan revestidas del doble aspecto público y privado. No significa que a veces actúe como funcionario y a veces como mero profesional del derecho, ambos elementos se entremezclan. Nuñez Moreno(17) ha situado muy bien este problema, al distinguir en la función notarial dos aspectos:

a) El primero relativo a las relaciones jurídicas intrínsecamente consideradas;

b) El segundo respecto al documento en sí.

A ellos corresponden cada uno de los dos caracteres de la función, el primero deriva de una función técnica jurídica y el segundo de una función pública de ejercicio privado.

Así bajo estas consideraciones se configura al notario característico de nuestra sociedad, englobado dentro del sistema llamado latino "y creo que sobra el calificativo de latino porque sólo el llamado notario latino es notario. Los demás serán unos funcionarios legitimantes, pero nunca

(16) GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique. Derecho Notarial. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, España, 1976, p. 50.

(17) Citado por SANJULIA Y SOLER, op. cit. p. 245.

notarios...".(18)

Por ello interesa destacar de su actuación: el redactar y autorizar, lo primero aspecto fundamental puesto que lo segundo es final, es complemento de la redacción, no hay autorización sin la previa redacción, y aún antes la asimilación de la voluntad, lo contrario lo ubicaría como mero legitimador o autenticante.

Por la forma como se encuentra instituido en la Ley del Notariado, una de sus características resulta la labor de seguridad ( art. 35) traducida en un control de legalidad del acto a celebrar, que excluye la posibilidad de una nulidad relativa o absoluta del documento a través de la precisa redacción y la advertencia a los otorgantes en los actos en que la propia Ley exige la verificación de determinados hechos, así en materia de arrendamiento de casa habitación el código civil impone al notario la obligación de cerciorarse de que el inmueble objeto de enajenación no este sujeto a arrendamiento y la certeza de ello sólo se obtiene a través de la declaración de las propias partes. Para muchos actos reviste una " garantía social", en la medida en que sólo mediante la observancia total de los trámites respectivos es posible la creación, modificación y extinción de determinadas relaciones jurídicas que permite a las partes alcanzar la plena seguridad y el reconocimiento de sus derechos.

Para llevar a cabo esto se requiere una serie de actos, como la recepción de la voluntad de las partes, su asesoría, redacción y autorización del documento, conservación y expedición de las copias que acrediten su contenido.

Para González Palomino(19) legalmente el Notario es el "facedor" del instrumento público y para él los cuatro puntos

(18) FRAGUAS, Ramón. El valor social de la Institución notarial en nuestros días. Revista Internacional del Notariado, año XXI, No. 77, Buenos Aires, 1981, p. 203.

(19) GONZÁLEZ PALOMINO, José. Instituciones de Derecho Notarial, Tomo I. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1948, p. 5.

cardinales del quehacer del Notario son:

- 1.- Redactar el instrumento público;
- 2.- Autorizar el instrumento públicos;
- 3.- Conservar el instrumento público;
- 4.- Expedir copias del instrumento público.

En igual sentido, Giménez Arnau(20) quien agrega la tarea de creación o elaboración jurídica.

Para explicar la función notarial se han desarrollado - diversas teorías. La más antigua es la que se centra en el concepto de fe pública. Según González Palomino: "La función del Notario es la de dar fe de ciertos actos: y el valor del instrumento el de hacer fe de su existencia y de todo o parte de su contenido"(21) y el mismo autor agrega "...es una función pública de carácter administrativo que consiste en dar forma de ser o de valer a los negocios jurídicos o en establecer la presunción de verdad de ciertos hechos, mediante la afirmación pasiva de su evidencia para el Notario, hecha, en el momento mismo en que son para él evidentes, por su producción o por su percepción en el instrumento público, a requerimiento de parte y generalmente con la colaboración de estas".(22)

La función notarial no es sólo, insistimos, una función instrumental jurídica, sino que esta diseñada para un jurista, que no puede ni debe, olvidarse de que es jurista al desempeñarla. Más aún, " lo que da rango al Notariado de nuestro días y calidad a su actuación, no es principalmente su objetividad de testigo rogado o de afirmador fidedigno de evidencias, sino su actuación como jurista, que hace de los instrumentos públicos obras de arte jurídicas".(23)

(20) GIMÉNEZ-ARNAU, op. cit. 53.

(21) GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit. p. 60.

(22) Idem, op. cit. pp. 119 y 120.

(23) Idem, op. cit. pp. 124 y 125.

El poder público le da el ejercicio de la fe pública, que él titulariza a nombre de aquél y no de un simple órgano como lo establece la Ley del Notariado, para legitimar o autenticar todos los actos que ante él se verifican.

Esta teoría destaca sobre todo el papel de funcionario público que anteriormente se le asignaba.

Otra teoría es la de la prueba para Giménez Arnau, es la premisa principal como finalidad fundamental del notario: "si el instrumento notarial no probara nada, no se podría hablar de fe pública notarial...no hay que alejarse de la prueba, aunque el Notario y la función notarial tengan otras nobilísimas funciones no deja de ser la inicial y siempre la principal la de hacer memoria duradera de los hechos pasados para que no borre la antigüedad de los tiempos". (24)

Respecto al acto o convenio, la escritura es, sencillamente el papel que lo representa. Lo distintivo es el carácter de auténtico que le proporciona el acto notarial. que a su vez, se le representa en la propia escritura, y que es justamente, lo que produce el resto de los efectos que suelen asignársele: fe pública, ejecutividad y sustantividad.

"En realidad, la instrumentación notarial, como luego veremos, ofrece no un tinte meramente adjetivo o probatorio, sino también un aspecto sustantivo y civil, pues tiene como finalidades, no sólo facilitar la demostración del acto o negocio, sino también dar a éste una forma que ha de ser base de su eficacia". (25)

Otra teoría es la de la forma que señala:

"... uno de los propósitos que cumple la intervención notarial es el dar forma a los negocios jurídicos". (26)

(24) GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, op. cit. pp. 45 y 46.

(25) CASTAÑ TOBEYAS, José, Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, p. 55.

(26) GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, op. cit. p. 68.

Al respecto Giménez Arnau concluye que la función notarial no puede quedar reducida al problema de la forma "...si inicialmente se inspiró de modo principal en la función de probar y solemnizar, tiene a la hora presente un ámbito mucho más dilatado...da forma; pero también hace algo más que eso, legitima relaciones jurídicas...da eficacia al contenido del instrumento público, tanto por la presunción de veracidad que de él emana, como por virtud del carácter técnico-jurídico que tiene la intervención del Notario, y que exige un proceso de calificación distinto de la mera intervención autenticante... se infiere que la función no puede radicarse exclusivamente en la jurisdicción voluntaria ni en la prueba ni en la forma. Tiene esa triple finalidad y además un evidente aspecto de jurisdicción preventiva, asesora y legitimadora. Los tres fines fundamentales del instrumento público, que constituyen la esencia y el resultado o efectos del instrumento público en que se manifiesta la función notarial son: dar forma, probar y dar eficacia legal". (27)

Avila, al respecto concluye que:

"En un sistema sincrético para destacar la naturaleza de la función y la fuerza y efecto de la intervención notarial, diríamos que la función notarial es una función que participando de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, impone la creencia en la realidad de los hechos; que el que la ejerce, como testigo público, presencia ( actas y escrituras) y da forma pública a los negocios jurídicos (escritura)" (28) en lo que la mayoría de autores coinciden.

Una vez comentada la función del notario y algunas teorías sobre su actuación es conveniente hablar de su situación actual.

(27) *Idem*, op. cit., p. 69.

(28) AVILA ALVAREZ, Pedro, op. cit., p. 16.

Ante la época de creciente complejidad burocrática, socialización de la contratación, el notario puede asumir tres posturas:

- 1) Afioranza del pasado:
- 2) Adaptación indiscriminada a todo lo nuevo:
- 3) Postura responsable que, profundizando en los valores tradicionales de su actuación, se adapte para dar respuesta a las exigencias del mundo actual.

La defensa y futuro de la institución radica en el valor social que tuvo y tiene, por ello, la transformación que ha de llevar a cabo ha de conservar sus valores tradicionales.

Fraguas(29) resume la problemática de la institución en dos planos:

- 1) Los ataques dirigidos desde las esferas de poder, mediante leyes, reglamentos, decretos, circulares, etc.,
- 2) Las presiones provocadas por el avance tecnológico.

En el primer punto se halla la tendencia a la reducción del ámbito de la actuación notarial en beneficio del documento administrativo y la idea de funcionarizar al notariado. Producto, dicho fenómeno de la tendencia estatal de absorber todo, dentro del claro predominio de la función administrativa respecto de las demás funciones estatales, traducido dicho problema en una constante "delegación legislativa".

Es común por parte del legislador, sin distinguir de la fuente, administrativa o legislativa, pretender resolver cualquier problema en forma anticipada, mediante la expedición de leyes o meras resoluciones, esto ha

(29) FRAGUAS, Ramón, op. cit. p. 203 y sigs.

representado para el jurista convertirse en simple espectador del "derecho" en lugar de ser su creador.

La ampliación de la esfera administrativa al ámbito contractual priva a los particulares de la tutela jurídica, máxime que con ello se pretende dotar a la negociación de fe pública si bien es cierto que formalmente la actuación administrativa lleva dicho requisito. en realidad se carece de ella, porque es la sociedad quien atribuye tal carácter, y la concede particularmente al notario.

En algunos países europeos, derivado de la disminución de la actividad negocial, aunada a una fuerte presión fiscal y al aumento de los gastos que conlleva el ejercicio, se tiende a funcionarizarlo para que el Estado asuma algunos costos financieros. En nuestro país, sin llegar a tales extremos, encontramos algunos indicios al respecto: anteriormente la emisión de obligaciones era competencia notarial, y por el argumento del elevado costo que representaba se decidió realizarse ante la Comisión Nacional Bancaria. La disyuntiva pareciera ser: ó un alto costo con mayor seguridad ó bajo costo sin total seguridad. Tales afirmaciones no son totalmente excluyentes y por contra en el notario bien se puede conjuntar un bajo costo con una alta seguridad, además, la pretendida reducción del costo resulta aparente toda vez que la sufragación del mismo se haría con cargo al presupuesto público satisfecho a su vez con nuestras contribuciones.

La confianza hacia el notario no es gratuita ni debe desvirtuarse, debe impedirse que su ejercicio derive en un ritualismo sin contenido. La demostración de aptitud intelectual para su acceso será la garantía de ello y no la designación gubernamental, porque según relacionamos en la historia el notario emerge como perito en derecho.

El otro problema enunciado lo referíamos al avance

tecnológico y la correspondiente masificación que afecta a la configuración del negocio por el notario, su independencia e imparcialidad. La plática preliminar tiende a desaparecer, en algunos casos el notario tiene contacto con las partes hasta el otorgamiento del instrumento, el contrato prácticamente esta previsto, redactado, y basta completarlo, es práctica en créditos otorgados por instituciones de crédito que se recurra al "formato" que previamente el Banco impone y donde bastan unos cuantos datos, como el nombre del acreditado, la cantidad, el objeto de garantía. La mayor parte de información es a través de comunicaciones telefónicas o de "fax". El regimen de contratos se reduce y - se estereotipa en franca despersonalización y pérdida de identidad. Se debe vigilar la más estricta legalidad porque al firmarse asume la autoría, debe explicar a los otorgantes y sobretodo al comprador o al deudor, el contenido y alcances legales del mismo.

Aunque la configuración de las relaciones jurídicas es un acto en cierto modo indivisible, no obstante, pueden destacarse distintos aspectos, y hoy, se invierten las etapas: antes se oía y después se daba forma al acto, ahora primero se configura el contrato conforme a las leyes (autorizaciones), a la voluntad de una de las partes y a la supuesta voluntad de la otra, aún incierta y al último se escucha en ocasiones un monosílabo.

También, en épocas anteriores la clientela de un notario era diversa, era poco frecuente ver al mismo cliente dos o más veces por año. Hoy, la contratación, o mejor dicho los contratantes se han reducido a: sociedades, instituciones de crédito bancarias y bursátiles, constructoras y en algunos casos el propio gobierno, aportan la cuota de clientela. Esto implica la precaria elección del notario; normalmente imponen "su notario", aunque ello no implica lesionar a la contraparte, porque fundamentalmente el notario es

imparcial.."..si el acto es simplemente un ejemplar de uno de los modelos dibujados por la ley, las consecuencias están ya trazadas por ésta y el acto será de gran simplificación. Si el acto no queda incluido dentro de un tipo, ó sólo lo es parcialmente, entonces se pone a prueba la pericia del notario como artifice de la relación jurídica, previendo en cláusulas adecuadas las consecuencias jurídicas que deben derivarse de acuerdo con el interés y la voluntad de los otorgantes...."(30). Lo admisible es el otorgar ciertas facilidades a un inmejorable servicio, prioridad en sus asuntos, facilidad en cuanto a horario y lugar, pero no el sacrificio de la imparcialidad que debe existir en todo notario.

" En términos generales y como corolario... podemos decir que el notario ha de vivir al compás de la vida social, interpretando y aplicando el derecho según el sentir del pueblo para quien ejerce, y a dicho fin compenetrarse con la sociedad donde vive. De aquí los deberes de residencia y permanencia que con más o menos extensión se imponen al notario".(31)

Hoy cuestionamos hasta que punto el notario, y por ende sus valores fundamentales, entre ellos la fe pública, la autenticación, su carácter profesional del derecho constituyen todavía un medio idóneo de satisfacción de negocios en sociedades que experimentan un cambio en sus valores tradicionales, familiares y patrimoniales, sociedades cada vez más complejas donde las relaciones contractuales bajo el rubro de contratos de adhesión, de condiciones generales de contratación, de guiones administrativos, predominan sobre las relaciones contractuales consideradas en un sentido tradicional, en sociedades en que interesa más el

(30) SANJULIA Y SOLER, op. cit. p. 67.

(31) *Idem*, op. cit. p. 64.

beneficio económico sobre la seguridad jurídica, donde el valor de la riqueza ~~se encamina~~ hacia los muebles, y se da mayor importancia a la homogeneidad y formalismo en franco detrimento de la libertad contractual.

A pesar de ello, la escritura realizada por un auténtico notario es la que está en mejores condiciones de satisfacer, tanto seguridad jurídica como eficacia económica. Por ello, es menester encontrar un instrumento notarial más flexible, apartado de formas, o mejor dicho de fórmulas anticuadas y obsoletas, y no escudarse en privilegios o monopolios.

En este punto, la situación actual del notario presenta varios problemas, entre ellos:

1. - Para algunos la función principal del notario es simplemente escribir, su actividad se concreta a la redacción de escrituras o actas apegadas a formularios o machotes - previamente elaborados, sin embargo, los formularios de que dispone normalmente han sido preparados por el mismo notario y no responden a un machote general, pues contienen aquellas partes del negocio esenciales, y por tanto, constantes.

2. - Se trata de despejar de solemnidad al acto notarial.

3. - Otro problema, lo constituyen los protocolos encuadernados, si bien representan un factor de seguridad, actualmente existen métodos, sistemas y materiales modernos que asegurarían la inalterabilidad y conservación con igual eficacia.

4. - Mención especial representa el fenómeno que algunos autores han llamado "industrialización de la profesión" que consiste en la producción masiva de instrumentos que limita el carácter personal, de asesoría y consejero tanto en la configuración del acto como en su redacción.

5. - También se le atribuye cobrar sumas altas por su --

intervención. Desgraciadamente en países como el nuestro, en que no están acostumbrados sus habitantes a pagar impuestos, no se alcanza a comprender el papel que desempeña como liquidador y retenedor de los mismos.

6. - Otra situación la encontramos cuando las personas - pretenden hallar en el notario la persona apta para remediar cualquier problema.

7. - Es conveniente destacar la relación del notario con la empresa, la misma ha suscitado diversos comentarios algunos de ellos la ubican en total extremidad: el de la seguridad con el de riesgo, el de la perdurabilidad con el cambio, y de plano algunos cuestionan si realmente será redituable que incursione en campos nuevos cuando mejor debería reforzar su tradicional actividad.

Bernard Monassier (32) precisa que el notariado surgió y se desarrolló durante la Edad Media a causa del crecimiento de las ciudades, del comercio y de los oficios, y proporciona una estadística interesante: del protocolo de la Agencia Genovesa de Caffa ( Siglo XII) aparece un 87.81% referido a actividades comerciales y un 2.42% al derecho de familia. Por tanto, la función notarial emerge ligado a la urbanización, a los asuntos comerciales, artesanales y bancarios. En el siglo XVIII en París (1751) se hablan redactado 800 testamentos, 1685 contratos de trabajo y 129 constituciones de sociedades.

La transformación se dió en forma reciproca al sistema de valores sociales, para la sociedad la propiedad representó la mayor jerarquía y hacia ella se orientó el notariado: se convirtió en asesor de la burguesía inmobiliaria.

Por otra parte, el empresario, en aras de seguridad vive en un mundo falso: "crea" falsas sociedades, con socios

(32) MONASSIER, Bernard. op. cit. p. 85 y sigs.

"irreales" y ello repercute en su propio peculio y el notario es sólo un personaje de esa su existencia. Quienes transmiten un patrimonio prefieren hacerlo mediante fórmulas sencillas que impliquen ahorro económico y temporal, curiosamente para enajenar un inmueble sin importar el valor debe recabarse distintos documentos de otras tantas oficinas, mientras que a través de una simple institución, designación de beneficiario se pueden transmitir en contratos u operaciones crediticias - sumas considerables; situación análoga se presenta en sociedades, mediante el endoso de acciones puede transmitirse el patrimonio social, y con ello el control de las mismas.

Pareciera que la actividad notarial se estanca mientras que las propias sociedades necesitan de seguridad en su constitución y desenvolvimiento: el regimen legal habrá de reformarse, y reconocer que al lado de la gran empresa, sociedades anónimas reales existen aquellas familiares, que en el mayor número contienen un accionista real; ambas reclaman modificaciones a la ley, las primeras porque los accionistas no se interesan en sí por la empresa, sino por el dividendo esto repercute en el quorúm para asambleas y acaso habrá de reclasificar la calidad y categorías de accionistas y sus derechos y las segundas porque existiendo un socio, será para reconocer a la "sociedad unimembre"; el argumento que normalmente se expone en su creación es eminentemente fiscal, para diversificar deducciones y regimenes, y para evitar esta proliferación la solución podría ser considerar como único sujeto fiscal a la persona física y clasificar los pagos de impuestos que entera a través de sus sociedades como pagos provisionales.

Y Bernard Monassier concluye: "Estimados colegas, verdaderamente creen que la tradición del notariado es el derecho de familia y el derecho inmobiliario? No; ya lo hemos visto; se trata de una tradición reciente, tiene menos de

doscientos años: es una tradición más antigua que convierte al notario en un hombre inmerso en la vida económica". (33)

8. - Respecto de su ámbito especial, pensamos que la competencia territorial no tiene sentido cuando las comunicaciones acercan todo. De antemano, no olvido que el Notario, al fin de cuentas es hacedor de formas y éstas son en nuestro derecho competencia local, con efectos permanentes.

9).- Finalmente otra cuestión debatida es su participación en la llamada "jurisdicción voluntaria"; la -- consideración histórica del notario como "iudex chartularii"-- la acerco a que algunos denominarán a la función notarial como "actividad de jurisdicción voluntaria". Censurada desde el nombre mismo, actualmente cobra fuerza la idea de que esta jurisdicción debe atribuirsele, porque a través de ella se declaran hechos y situaciones jurídicas y la resolución respectiva no tiene el carácter de cosa juzgada, no hay controversia de derechos, ni oposición, por ello no es necesaria la intervención judicial. Suscitado el conflicto, la rama jurisdiccional se ocupa de reestablecer el orden jurídico a través del proceso, pero es más importante el prevenir los conflictos "...aún cuando a la función notarial se le atribuyen actividades específicas de asesoramiento, conciliación, constatación escrita, la autenticadora o imperativa de fe, el escribano ya ha traspasado la frontera que le marcaba la línea meramente autenticadora para entrar en los terrenos de la función preventiva". (34)

Cuando se trata de formalizar o constituir negocios sin existir conflictos es innecesario acudir al órgano jurisdiccional, esos asuntos deberán competir al notario, po-

(33) *Ibid.*, op. cit. p. 93.

(34) AGUIRRE GODOY, Marco. Proceso y Fe Pública. Revista Internacional del Notariado, año XIII, No. 79, Buenos Aires, 1983, p. 148.

driamos pensar en pasar a la órbita notarial: la división de la cosa común, algunos procesos arbitrales, de ejecución, embargos, secuestros, concurso voluntario de acreedores, identidad de personas, o incluso como acontece en Guatemala, el proceso sucesorio en todas sus etapas, (previsto en su Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria de 3 de noviembre de 1977), o inclusive, matrimonios; (la disolución y liquidación de sociedad conyugal, divorcio), reposición de títulos, valores, licencias o autorizaciones para gravar o enajenar bienes; todo ello partiendo de la base de la conformidad de las comparecientes o de la no existencia de conflictos.

De este apartado resumimos: la función notarial y su institución nace con el fin de probar, de dar fe, y legitimar los derechos. Al lado de esta pristina característica, y por la evolución de las instituciones jurídicas surge la de la forma, por ello, existiendo no se justifican competencias extranotariales. La jurisdicción voluntaria debiera ser de su competencia. En su actuación de modo profesional, constante y por delegación del Estado ejerce la fe pública, además de gozar de ciertos principios que lo distinguen de otro tipo de fedatarios: el de asesoría, consejo, rogación, imparcialidad, inmediación (en su doble aspecto: entre él y las partes y frente al documento que autoriza).

#### A).- FE PÚBLICA

"En cuanto a la fe pública y a la autenticidad del documento notarial debo aclarar que durante mucho tiempo no se ha hablado de fe pública, categoría dogmática recientemente elaborada; y que la autenticidad del documento notarial nace y se extiende en la forma notarial y espontánea con que se producen las realidades sociales "(35).

(35) FRAGUAS, Ramón, op. cit. p. 203.

"Juridicamente la fe pública supone la existencia de una verdad oficial, cuya creencia se impone por virtud de un imperativo jurídico ó coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir autóctonamente sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social"(36). Por lo tanto, "La fe pública, no es más que la cualidad de irreversible de una narración documental, el hecho histórico se ha convertido jurídicamente en hecho narrado y sin posible reversión lo sustituye y lo suplanta".(37)

El notario confiere en su función de interpretación y configuración inmediata del instrumento jurídico, la fe pública notarial. La fe da fundamentalmente eficacia; es verdad o presunción de verdad, es garantía para el cumplimiento de los convenios, y da firmeza.

En este sentido, dar fe equivale a atestiguar solemnemente, que refuerza el sentido cotidiano de creer en lo que otra persona o autoridad manifieste, por esto, Giménez Arnau la define: "como la función específica, de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos, sometidos a su amparo."(38)

La exigencia de certidumbre y notoriedad de los actos públicos se hace extensiva a los documentos de particulares. Esto nos ayuda a comprender la fórmula "doy fe", que envuelve un fenómeno social sin el cual no podía existir la base de la civilización: la colaboración humana y no podría avanzar la sociedad sin actos de fe. A cada momento hacemos sintímero de ellos.

(36) GIMÉNEZ-ARNAU, op. cit. p. 37.

(37) NUÑEZ LABOS, R., op. cit. p. 26.

(38) GIMÉNEZ-ARNAU, op. cit., p. 38.

En una evolución histórica se observa, "como originalmente partió de la imposición de una creencia hasta llegar al día de hoy a la publicidad, cuya finalidad no es imponer o justificar hechos, sino garantizar facultades de sus titulares." (39)

El Estado es quien otorga fe pública y reconoce eficacia legal de toda índole a los títulos u objetos investidos de ella. Las notas características utilizadas han sido subjetivas (autoridad que nace de la presencia de un funcionario investido de facultades extraordinarias) u objetiva (coacción del Estado que obliga a creer en la verdad de ciertos hechos materiales y documentarios).

La fe pública podría estimarse como presunción que, fundándose en la propia soberanía del Estado, obliga a creer como auténticos hechos, o como ciertos los documentos que reflejan determinados negocios jurídicos, a fin de servir al objetivo inmediato del Derecho: la seguridad jurídica.

A pesar de tales argumentos no ha faltado quien trate de menoscabar su significado: "Análogamente creemos que la expresión fe pública muy bien podría ser borrado de nuestras leyes, sin que resultase el menor cambio en nuestro ordenamiento jurídico positivo." (40)

"Si se mira bien, la fe pública sólo cubre la ausencia de uno de los vicios del componente subjetivo del comportamiento: la violencia o, lo que es igual, cubre el -- hecho de que nadie ha ejercido fuerza física contra el firmante para obligarle a firmar la escritura o el acta". (41)

No obstante ello, es innegable su utilidad social, y así

(39) *Idem*, op. cit. p. 40.

(40) LAVALLE, Roberto. Alcance y Límite del Concepto de Fe Pública. Revista Universidad de San Carlos, LVIII, No. 58, Guatemala, Sept-Dic-1962, p. 115.

(41) ZINNY, Mario Antonio. El acto notarial (dación de fe). Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 70.

se justifica su existencia. El notario al fin y al cabo fedatario, tiene una misión preventiva de elaborar una prueba preconstituida; y es en suma su función pública y técnica por cuya intervención los actos jurídicos, que se someten a su amparo adquieren autenticidad, lo que corrobora la triple misión notarial: dar prueba eficaz y forma jurídica a los hechos.

Preschacón(42) atribuye como características de la fe pública:

1) Imperatividad: implica su reconocimiento obligatorio como una necesidad del comercio jurídico.

2) Investidura, se requiere que se haga por aquellos a quienes se les ha asignado por ley su ejercicio, de tal forma que se les exige siempre la respectiva investidura.

3) Indelegables inherente a quienes se les ha facultado.

4) Establece una presunción legal de veracidad con una - doble garantía, en el plano de los hechos será una garantía de su existencia, mientras que en el de lo jurídico constituye una garantía de legalidad. Por esto, Sanahuja y Soler la define como "...la garantía que da el Estado de que determinados hechos que interesan al Derecho son ciertos "y- agrega: "...Mediante la fe pública se impone coactivamente a todos la certidumbre de los hechos objeto de la misma." (43)

Muñoz Lagos(44) establece como requisitos de la fe pública.

a) Una fase de evidencia: distingue a su vez al autor del documento del destinatario. Para el primero se requiere

(42) PIESCHACÓN FONRODÓN, Hermann, Elementos para un estudio acerca de la responsabilidad notarial. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1985, pp. 120 y sigs.

(43) SANAHUJA Y SOLER, op. cit. p. 15.

(44) MUÑOZ LAGOS, R. op. cit. pp. 364 y sigs.

que sea una persona pública, que vea el hecho ajeno ó narre el hecho propio. Para él no es un acto de fe, sino un acto evidente. El acto de fe se refiere a quienes deba surtir efectos.

b) La evidencia se produce dentro de la solemnidad, encerrada en la observancia de los procedimientos conducentes que aseguran la fiel percepción, expresión y conservación de los hechos históricos.

c) Una fase de objetivación; el hecho percibido debe convertirse en cosa corporal y en hecho narrado, en un documento.

d) Una fase de coetaneidad. Los requisitos anteriores deben realizarse al mismo tiempo, sin embargo, tal simultaneidad deber darse acorde a ciertas normas de forma previstas por la Ley y obligatorias para el funcionario que interviene. Por ello, le precisa como notas la exactitud y la integridad. La exactitud, como identidad entre "actum" y "dictum". Es la dimensión acto, por ello, tiene eficacia "erga omnes", pues no existe fe pública "inter partes" aunque el artículo 3003 del Código Civil precise mejor suerte al titular registral, respecto del negocio jurídico notarial no inscrito, ello no implica falsedad porque el instrumento tiene fuerza de probar pero no de publicidad. El Registro podrá postergar un derecho no inscrito lo que no puede jamás es declarar la falsedad de un hecho auténtico porque no haya sido inscrito.

La integridad proyecta la exactitud hacia el futuro. "Por eso, el documento privado carece de fecha frente a tercero: podrá alcanzar una fecha auténtica...pero esa fecha nunca será la suya, sino la del hecho autenticante, externo o adicional. (45)

(45) *Idea*, op. cit. p. 358.

En la doctrina, y la legislación se distinguen varios tipos de Fe Pública: registral, administrativa, judicial, - notarial.

Nos ocupamos de la última, que es la potestad que el Estado da al notario para proporcionar valor jurídico tanto al documento en sí como a su contenido respecto de las propias partes y de terceros, proporcionando formulaciones auténticas y justificando relaciones lícitas de los comparecientes.

Su carácter de funcionario le atribuye la facultad de dar certidumbre a los actos en que interviene, de modo contrario, la vida jurídica y con ella la vida social sería imposible y caótica.

A diferencia de las otras es personal, inherente a su persona y no a la Institución en abstracto. El Artículo 10.º de la Ley del Notariado alude a la función pública como de orden público, cuyo ejercicio corresponde al Ejecutivo de la Unión a través del Departamento del Distrito Federal, quien encomienda su desempeño a particulares, licenciados en derecho. Lo anterior se ratifica en el Artículo 10 de la propia Ley, se confiere en razón a capacidad, suficiencia, moralidad. El particular acude a un Notario en especial, y no a la oficina notarial. "Por ello, la fe pública por antonomasia es la notarial".(46)

Los actos públicos llevan formalmente consigo la garantía de su propia certidumbre y legalidad, cosa que no ocurre en los privados, de ahí que adquiera mayor amplitud la fe pública en los últimos.

Fe pública ha sido siempre función inherente a la soberanía, y el notario es la persona a quien se delega para el ejercicio de la misma. El carácter de profesional del

(46) SANJUAN Y SOLER, op. cit. p. 16.

derecho no lo despoja de su naturaleza pública y oficial, pues el Estado, libre en su potestad organiza su actividad en la forma que mejor considere.

La fe notarial no comprende solamente los elementos del acto que pueden percibirse por los sentidos, sino también la significación jurídica del propio acto, es decir, comprende - la declaración de la legalidad de que tal acto no es contrario a la Ley. Y es esencialmente autenticadora de hechos (le evita al Juez la comprobación de los mismos para circunscribirse al derecho), legalizadora (encuadra la proposición genérica de la ley el negocio puesto a su consideración) y directiva (consecuencia de las anteriores que motiva a particulares a someterse a la fe notarial). Así la propia función notarial asume el carácter preventivo. Por ello algunos afirman que además de autenticadora es jurisdiccional.

Desde el momento en que la fe notarial se extiende al nexo jurídico ya no es simplemente constatación porque se afirma, se certifica, que ese algo tiene validez en Derecho, se emite, pues, un juicio de valor.

#### B).- AUTENTICACION

Otro de los medios con los cuales cuenta la función notarial para lograr sus fines es la autenticación.

La fe pública por sí misma no se concibe, sino en función de otros elementos, entre ellos, la autenticidad, términos que para muchos son iguales, y para otros, derivan uno del otro. Sin embargo, ambos elementos son cualidades intrínsecas del acto notarial.

Un acto es auténtico porque tiene autoridad, porque es propio del autor o pertenece al mismo. Es la imputación de un hecho al sujeto que lo ha realizado, por tanto el documento será auténtico si quien lo expidió es el mismo que

ahí consta.

Si en nombre del Estado obra el notario se entiende que se tome mayor crédito a estos documentos que a los expedidos por particulares, los cuales carecen de identidad, y es consecuencia lógica que el propio Estado reconozca dicha jerarquía mediante su aceptación a través de otros funcionarios distintos de aquellos de quienes emanó.

"Autenticar un contrato no es autenticar un hecho cualquiera del mundo exterior, sino que es declarar por modo oficial y público la validez de ese contrato (un contrato es válido o no es), es decir, es subsumirlo dentro de la proposición genérica establecida en la norma jurídica. Es, en suma, un acto de jurisdicción. Podemos llamar a esta función legalización o legitimación".(47)

Para Neri, autenticación "aplicada al proceso notarial de formación del instrumento público, la idea de autenticar es, y no puede ser otra, que el cumplimiento del acto en cuya virtud la ley ordena aprobar como cierta la existencia de un hecho o de un acto jurídico."(48)

La autenticación postula una garantía de validez, verifica la identidad de las personas negociantes, a través de ella se cerciora de su capacidad y legitimación; y se garantiza la autenticidad en la medida en que se acredita la realidad de las distintas declaraciones plasmadas en escritura pública, dentro de la cual están contenidas. Porque dicho instrumento da prueba de su fecha, de la identidad y capacidad de las partes, de la conformidad respecto a la voluntad de las partes. A través del mismo el notario expresa una verdad humana cuyo valor está vinculado con la

(47) *Idea*, op. cit. p. 26.

(48) NERI, op. cit. p. 377.

competencia e integridad de quien la proclama. Por ello, aunque más adelante se precisa, cuando el notario no redacta y sencillamente limita a recibir lo redactado por las partes su función debe ser la misma verificar que lo entregado concuerde con la voluntad de las partes, y lo más importante que comprendan su significado, y alcances para no caer en mera certificación sino en instrumento derivado de la actuación de un jurista competente autorizado por el Estado.

Sin ambos elementos, - fe pública y autenticación,- el notario no tendría razón de existir, la certeza y seguridad jurídica perderían eficacia al carecer de pleno valor probatorio. "La autenticidad es el fundamento del notario, de su fundamento histórico, pero también de su fundamento actual y original.(49)

Pero la mayor garantía, es la conservación del documento en poder de una persona responsable, que "responda" a las distintas exigencias que en su ejercicio se le imponen, cuando a pesar de su preparación incurra en acciones u omisiones que deban ser corregidas.

#### C).- RESPONSABILIDAD

El valor seguridad que debe imperar en toda relación jurídica impone la necesidad del deber jurídico de reparar toda violación o menoscabo a un derecho subjetivo ajeno, sin esta característica carecería de eficacia cualquier orden jurídico. A la manera de cualquier otro profesional, el Notario debe responder por los perjuicios causados a los particulares en la prestación de sus servicios. Tiene una responsabilidad especial, en razón de la función que desempeña y en la forma en que debe ejercerla.

La autoridad del Notario, entendida como potestad legal o como crédito que a él da la comunidad, se basa en su

(49) CHAINE, Louis, La Autenticidad y el Notariado, Revista Internacional del Notariado, año XXXIII, No. 79, Buenos Aires, 1983, p. 75.

responsabilidad, "el escribano autoriza porque tiene autori--  
dad y tiene autoridad porque "responde". (50)

El concepto juridico de la responsabilidad emana del - -  
principio de derecho según el cual toda persona que cause  
daño a otra, debe reparar los perjuicios ocasionados.

En el campo del derecho notarial, se presenta en doble  
vertiente:

a). - Con el Estado, por causa del cumplimiento de sus  
daberes según las Leyes del notariado, leyes fiscales,  
disposiciones administrativas y resoluciones.

b). - Con los particulares, por causa de las infraccio--  
nes a los preceptos generales que regulan esta actividad  
(normas penales, civiles, y especiales del notariado).

Esta doble vertiente la prevee el articulo 29 de la Ley  
del Notariado:

"el monto de la fianza se aplicará de la manera  
siguiente:

I. - .....al pago de multas u otras responsabilidades  
administrativas.....

II. - .....En el orden determinado por la autoridad ju-  
dicial, cuando se deba cubrir a un particular el monto  
fijado.....por responsabilidad civil".

En el articulo 6o. de la Ley en cita en forma expresa,  
se alude a la responsabilidad que tiene frente al  
Departamento del Distrito Federal.

Se requiere que ejerza la función pública excediéndose  
en sus atribuciones legales, ya sea por extralimitarse de su  
competencia; o por cumplir su oficio de un modo arbitrario;  
por omitir, retardar ó denegar un acto propio de

(50) DE ALONSO, Julia Siri Garcia. Ensayo sobre la responsabilidad notarial. Revista de la Asociación de  
Escribanos del Uruguay, tomo 64 nos. 7,8 y 9, julio, agosto, septiembre, 1978 Montevideo, p. 682.

sus funciones o cuando sin justa causa abandone el negocio que se le ha conferido.

Esta obligación se halla, según el caso, en las distintas disposiciones civiles, penales, fiscales, y administrativas.

Se es responsable también por el consejo mal dado o por la conformación documental equivocada, porque no es sólo responsabilidad objetiva la que habría que considerar, baste recordar la incidencia de la cuestión moral en la elección para acceder al ejercicio notarial.

El Fuero Real es tal vez el primer ordenamiento que regula en forma precisa la responsabilidad civil que le puede competir en razón a sus funciones ya que dispuso que si algún daño resultaba a las partes por culpa del notario, éste debería indemnizarlas. A su vez la Recopilación Indiana (1680) dispuso que los escribanos reales que estaban facultados para autorizar escrituras públicas, antes de comenzar a ejercer sus funciones en un lugar debían obligarse ante el Cabildo a cumplir su oficio, bajo pena de ser privados de él, además de una multa en beneficio de la Cámara Real y pagar el daño e intereses a las partes.

La responsabilidad se explica por la importancia y jerarquía de su oficio y de la potestad de dar fe.

La vinculación existente entre el notario y sus clientes está precedida por una relación contractual entre ellos de una prestación de servicios, aunque algunos autores nieguen este vínculo y lo atribuyan exclusivamente a la ley. El Notario actúa a rogación de parte y por dicho principio se compromete a realizar un trabajo de acuerdo con la voluntad de las partes y en cumplimiento y adaptación de obligaciones legales precisamente fijadas por la ley.

Los notarios son autónomos en el ejercicio de sus

funciones, y responsables conforme a la ley en razón a su actuación y jerarquía. Los notarios responden por la regularidad formal de los instrumentos que autorizan, pero no pueden ni deben responder por la veracidad de las declaraciones que ante él hagan los particulares, pues ni esto es parte de la función, ni le es posible hacerlo porque pertenece al fuero interno de las personas y no a la manifestación pública que es por la que el notario debe velar que se presente conforme a la ley. Para ello el artículo 81 de la Ley del Notariado remite al código penal, de igual manera no le corresponde sino verificar acerca de la capacidad de los otorgantes mediante los medios idóneos para ello. (Art. 65).

Para detectar "anomalías" puede recurrirse a las visitas o inspecciones que habrán de realizarse, por queja de particulares o por estar así previstas en la propia Ley. Así se inicia el correspondiente procedimiento que en su caso culminaría con la aplicación de las sanciones respectivas, la aplicación de éstas parece derogar el principio penalista del "nos bis in idem", porque se pueden imponer independientemente de la otra pena (Arts. 111, 117, 124 y 126 de la Ley del Notariado).

Las penas varían, el grado máximo parece ser la inhabilitación para ejercer el cargo en forma permanente y las de menor grado pueden ser una advertencia, una observación ó una suspensión temporal.

Respecto a la responsabilidad moral, como cualquier ser humano tiene los mismos deberes éticos que lo obligan, aun más por la preparación que posee, debe contribuir al bien común, aplicando honradez y buena voluntad, con innegable espíritu de servicio. (Arts. 33, 35, F. I, V, VI, 43, 62, fracs. V, VI, VII de la Ley del Notariado).

### 3.- ESENCIA DEL FORMALISMO

A medida que la consensualidad cede frente a la formalidad, por la necesidad de documentar sus relaciones, - de dejar constancia de los hechos, el notario, consejero y orientador tiende a engrandecerse.

En primera instancia, la forma traduce la idea de algo en su representación. En los actos jurídicos la palabra forma presenta diversas acepciones que provocan confusión. No hay criterio uniforme en cuanto a dicho vocablo, porque no se ha logrado distinguir entre la forma y el fondo del acto o contrato jurídico. Se le identifica como el continente del acto jurídico, como elemento de existencia, de validez e incluso como mero medio de prueba.

Si se parte de la forma como el modo y disposición de hacer una cosa, resulta esencial pues acompaña a cuanta manifestación de voluntad emerge. "La forma tiene que existir, porque es la exteriorización de las voluntades jurídicas vinculantes. El hombre crea, produce hechos jurídicos, pone luego su voluntad y éstos se convierten en actos jurídicos". (51)

En este sentido, cualquier acontecimiento social, como manifestación humana o como relación contractual tiene que configurarse para hacerse perceptible en el mundo jurídico. "El derecho no tolera la carencia de forma. Puede vivir bajo el reinado exclusivo del formalismo. Prefiere el más extremado rigor de éste a la falta absoluta de la forma". (52)

"Todo hecho jurídico es transmisible, desde el mundo físico en que acaece, hasta el papel, mediante la representación gráfica, corrientemente, narración. Es un trasvase de una a otra dimensión, de la dimensión acto a la

(51) EMERITO GONZALEZ, Carlos. Derecho Notarial. La Ley, Sociedad Anónima. Editora e Impresora. Buenos Aires, 1971, p. 345.

(52) JHERING, citado por González Palomino, op. cit. p. 90.

dimensión papel". (53)

Habría, que distinguirla de los formalismos ó formalidades, e incluso de las llamadas fórmulas. Don Bernardo Pérez Fernández del Castillo las distingue y precisa: "La forma se puede definir como: El signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del ó de los agentes de un acto jurídico y del contrato", y los formalismos o formalidades los conceptua - - como: "El conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan cómo se debe exteriorizar la voluntad, para la validez del acto jurídico y del contrato". (54) En estas definiciones se establece la distinción entre la forma, como elemento de existencia, y los formalismos o formalidades como elemento de validez.

Históricamente se parte del absoluto formalismo, para llegar a la libertad de forma y concluir a una reversión del formalismo. Esta evolución se vincula estrechamente con la evolución social. Originalmente se identificaba la forma de los negocios jurídicos con determinadas ceremonias religiosas, por esto en las etapas más atrasadas de la evolución jurídica, la forma tiene un significado distinto al actual, no es una creación artificial legal sino la expresión misma del negocio, no había relación jurídica sino a través de ella.

Roma viste en un principio a esa voluntad con caracteres rígidos, que no son sino el resultado de una etapa de creación del derecho. Durante el primer periodo, el Derecho Romano obedeció a la necesidad de un pueblo sencillo, rústico y esencialmente formalista (Ius Quiritarium). La expresión jurídica de esta etapa es la Ley de las XII tablas: es el periodo de la sponsio, del nexum.

(53) NUÑEZ LAGOS, R. op. cit. p. 266.

(54) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. La forma en los actos jurídicos y en los contratos. Revista de Derecho Notarial, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., año XIII, No. 75, Diciembre, 1978 México, p. 72.

En una segunda etapa se disminuye el rigor formalista, y por influencia de otros pueblos se llegó a contemplar varias clases de contratos entre ellos los *verbis, litteris, re, solo consensu*. El formalismo de esta época es interno y externo, la forma decide los efectos jurídicos de un acto con independencia de su contenido. La contratación romana se encauzaba entre un sistema solemne-verbal, y un sistema funcionarista. Dentro del primero se encontraban la *mancipatio* y *stipulatio*: la *mancipatio* en su origen, era adecuada para muchos negocios, y debido a su complicado formalismo era fácil presa de la nulidad. A través de la *stipulatio* se transmitía la propiedad, se hacían testamentos. Sin embargo, la falta de figuras jurídicas para alcanzar resultados económicos fue suplida por los juicios fingidos: los procedimientos *in iure* (ante el magistrado) e *in iudicio* (ante el juez). A estos medios se les agregó el juramento (*sacramentum*), tanto para acciones reales como para las personales.

En la evolución de la *stipulatio* y la *traditio*, los negocios eran redactados por el *tabellio*, con eminente carácter privado, y llevados por las partes al magistrado para su publicación. Por esto, la formalización del instrumento la encontramos adscrita al magistrado romano, al pretor. Conviene destacar, entre sus colaboradores, al "notarius" quien recogía las manifestaciones de las partes y las órdenes verbales del magistrado.

Parece que es en el siglo III D.C. cuando se conoce el escrito privado notificado a los particulares, iniciándose así la documentación pública, se instituye a determinados funcionarios investidos de la potestad de dar fé en los contratos, por ello se afirma que es del Poder Judicial del que deriva la eficacia de las formas y documentos.

En resumen: el romano, ante la necesidad de la certeza hace que la voluntad se acompañe de un rigor que vigile sus -

limites. El tiempo y las necesidades del tráfico van limando asperezas y creando mayor confianza en el simple deseo de las partes, esto en claro progreso de técnica jurídica que hace prescindir los rituales que acompañan a la voluntad, sin que el respeto a la misma sufra mayores quebrantos. El derecho romano prefiere, en su evolución quitar obstáculos en la formación del contrato y dar mejores elementos a las partes en caso de incumplimiento.

Sin embargo, con las invasiones germánicas se regresa nuevamente al primitivo formalismo, distinguiéndose en el derecho romano las tendencias, germana y la romana (ésta subdividida en francesa y española). En consecuencia se reservó a la Edad Media y al Renacimiento la dogmática de la eficacia del documento público.

El derecho canónico interesado por lo espiritual concedió mayor importancia a la intención de las partes, dando paso al consensualismo.

En el derecho español se observa en principio la tendencia formalista simbólica hasta el Ordenamiento de Alcalá (1348), que en su Ley única del título XVI enunció: "Sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro a facer contrato con él" y además precisaba: ".....despreciar toda escrupulosidad y solemnidad de palabras, según la oportuna frase del célebre Paborde Sala, para que sin necesidad de las travas y complicación de las antiguas estipulaciones, pudieran los hombres obligarse de un modo fácil, y al mismo tiempo eficaz y valedero..."; lo anterior en clara referencia a Las Partidas que, respecto a este tema se caracterizaron por lo impositivo, porque además de enunciar los requisitos que debían contener las escrituras públicas contenían un extenso formulario de escrituras, aunque merece destacar que eliminaron "cláusulas de

invocación de tanto uso en los siglos anteriores". De esta época, derivan el "ante mi", de las Partidas; el "doy fe" del Ordenamiento de Alcalá.

La culminación de esta hegemonia consensualista derivó en el Código Napoleónico, y aún hoy en día, principio general de contratación es el de la consensualidad; la mayor parte de las definiciones del contrato lo refieren al "acuerdo de voluntades". Nuestros artículos 1792 y 1793 del Código Civil vigente en el Distrito Federal (en lo sucesivo C.C.), así lo reflejan. Sin embargo, cada vez se nota un virage hacia el formalismo y la solemnidad como medio de protección a las partes y a terceros, no obstante que la mayoría de los Códigos consagran en artículo expreso el consensualismo. Hoy, el formalismo es universal y no exclusivo de la actividad notarial, los documentos públicos son todos solemnes, típicos o atípicos; los privados sólo lo son si están especialmente tipificados ejemplo: letras de cambio, pagarés.

El formalismo ahora se justifica para dar mayor seguridad a las transacciones y para proteger a ciertas clases sociales, o incluso, grupos sociales. Para Planiol y Ripert "el sistema consensual no obstante sus méritos indiscutibles, no se halla exento de inconvenientes. Cuando los contratos, se hallan desprovistos de toda formalidad las complicadas relaciones que se producen en una civilización avanzada multiplican para las partes, muchas veces poco expertas, y para los terceros, los riesgos de errores o fraude". (55)

La forma, o mejor dicho los formalismos deben garantizar la firmeza de los contratos y aunque en la contratación se dé preferencia al aspecto ético no debemos olvidar la imperfección del hombre, donde la libertad de forma facilita el engaño y engendra litigios, porque además, la masificación

(55) Citado por NERI, op. cit. p. 610.

de muchos actos refleja la falta de preparación jurídica para contratar y discutir el contenido del contrato.

Esta preeminencia no debe perdernos, porque ..... "nadie pone hoy en duda el papel del consentimiento en la perfección de todo negocio jurídico, incluso los formales. La forma, en el acto de mayor solemnidad, en el testamento notarial abierto, sin el consentimiento, no es nada". (56)

Definitivamente la eficacia del contrato se basa en la concordancia de voluntades, sin ellas no hay ni siquiera delitos, mucho menos contratos. El recabar y dar expresión a esa concordancia dentro del marco de la ley es labor del notario.

Aunque las solemnidades en cuanto tal vuelven a recobrar la significación causal del periodo primitivo del derecho romano, todavía son aceptadas como facultativas o exigidas en virtud de consideraciones de seguridad jurídica. Por fortuna casi nadie le atribuye ser la clave de obligaciones, ó la esencia de la relación jurídica. "Ahora ya volvemos al - - formalismo pero con la importante y esencial misión configuradora notarial, que reemplaza el viejo simbolismo con el aporte de que su condición de perito en derecho sirve para estructurar valiosamente el acto." (57) El contrato en si mismo queda perfeccionado simplemente en forma oral, el requisito de la escritura hace relación a su prueba sobretodo si judicialmente es cuestionada, el documento o instrumento no es la intención misma de las partes, sino una evidencia a favor o en contra de ella, es su mero reflejo.

El formalismo se refiere a la expresión de la voluntad en el campo del derecho cuando se persiguen consecuencias vinculantes. En tal sentido se apuntan tres puntos de vista:

(56) NUÑEZ LAGOS, Rafael, Perfiles de Fe Pública, Anuario de Derecho Civil, Tomo II, Fascículo I, enero-marzo 1949, Madrid, España, p. 49.

(57) EMERITO GONZALEZ, op. cit. p. 354.

En primer lugar, puede exigirse que la voluntad se exprese por medios rigidamente determinados (formalismo romano, formas escritas ad essentiam). De tal manera que sea tenida en cuenta como fundamento del acto jurídico y éste pierda toda validez en caso de no asumir dicha forma constitutiva.

En segundo lugar, pueden exigirse ciertos medios de exteriorización con finalidad probatoria y no constitutiva; y en este caso, la dificultad suele presentarse respecto a la prueba del acto o del negocio que no reúna todas las formalidades legales.

Por último, el tercer supuesto es el de la libertad de las formas, en el sentido de dejar a cargo de las partes la forma que el uso, la costumbre o la comodidad haga más factible o en lo mínimo configure el acto jurídico y sirva eficazmente a su prueba o a su ejecución.

Hablamos por tanto, de contratos solemnes, formales y consensuales, respectivamente.

La doctrina establece que la clasificación de los -- negocios en formales y no formales significa que hay formas vinculantes y otras libres, y no que existan negocios en que se pueda prescindir de cualquier forma. Cuando se habla de libertad de las formas negociables, sólo se señala la libertad de las partes o declarantes para elegir los medios de expresión adecuados al fin jurídico propuesto.

Preciso es que los derechos y las obligaciones sean perfectamente conocidas en su aplicación tanto por las propias partes, como por terceros. A últimas fechas se pretende revestir de solemnidades públicas a cualquier relación jurídica, no obstante que en la mayoría de las legislaciones domina la idea de que la validez de los negocios no debe subordinarse a la observancia de formas determinadas, se recurre a ella por otros fines, entre ellos.

el constituir una garantía de prueba y asegurar la publicidad de los actos.

Nos precisa Rafael Rojina Villegas ".....en el derecho moderno en rigor sólo son contratos formales aquellos que deben celebrarse por escrito, y los que pueden otorgarse verbalmente ya no se reputan formales, porque no se requiere el uso de palabras sacramentales o determinadas, para que el consentimiento se exprese única y exclusivamente en esa forma. En cuanto al lenguaje mimico, que es otra forma del consentimiento expreso, éste no es un medio apto para celebrar contratos formales". (58)

Por lo tanto, en nuestro derecho privado pareciera que la forma de los actos jurídicos depende de la voluntad de las partes quienes pueden convenirla libremente sin embargo, el precepto no es absoluto, ya que algunos deben formularse en forma escrita, y con ciertas bases establecidas.

En términos generales, el formalismo hace ganar en certeza y seguridad a las relaciones establecidas. Al mismo tiempo hace perder la celeridad que a veces requieren los negocios. En este sentido, se acoge en el derecho actual el neoformalismo funcional y se destacan las siguientes ventajas:

- 1). Se crea con una formalidad determinada una expresión de la voluntad, clara y expresa, lo que permite conocer la naturaleza del acto.
- 2). Protege contra la precipitación a cualquiera de las partes.
- 3). Facilita la prueba.
- 4). Como un medio de publicidad protege los derechos de terceros.

(58) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo III, Editorial Porrúa, México, 1989, p. 94.

5). Desde el punto de vista fiscal, facilitan la percepción de ciertos impuestos cuando los fedatarios públicos intervinientes actúan como agentes recaudatorios.

Las desventajas serían:

1). Las formas son siempre onerosas y afectan la economía en todos sus aspectos. Las partes se ven precisadas a recurrir a peritos o funcionarios que detentan el monopolio de ciertas formas.

2). Las formas solemnes hacen menos rápidas y ágiles las transacciones.

3). La exigencia de las formalidades lleva el riesgo de la invalidez de los actos por defecto formal.

La forma notarial cumple en la práctica estas ventajas - generales inherentes a la forma jurídica y no puede menos de ser así, pues una de las finalidades de la fe notarial consiste en evitar la incertidumbre jurídica, y ésta es también, la misión más destacada de toda solemnidad en derecho. Evidentemente el que otorga una escritura no realiza un acto intrascendente, marca un efecto jurídico. Los otorgantes, que han elegido como forma de conclusión del negocio la forma notarial, son libres de arrepentirse y desistir del negocio en tanto la escritura no se ha otorgado, ya que uno de los efectos de ésta es, señalar que aquél ha entrado dentro de la órbita del derecho y separado de lo que se halla fuera de la misma, por muchos proyectos, intercambios ó propósitos que existieran.

En el aspecto notarial el negocio en sí depende de la voluntad privada, pero el instrumento posee un valor probatorio y un valor de autenticidad que no depende de la voluntad privada sino de la recepción por el Notario con las solemnidades legales respectivas.

Es así como planteamos el estudio de la forma en dos sentidos:

- a) La forma general de los actos jurídicos y
- b) La forma de las escrituras públicas o notarial.

La primera es de carácter general y la segunda es una especialidad de aquella, para la que rigen además los principios de la Ley de Notariado. "Como contrapartida de la mayor jerarquía de valor del documento notarial, respecto de los documentos privados, se exige en la formalización de aquel un mayor rigor, en virtud del cual...en lo sustantivo no son admitidos en el documento público las exteriorizaciones de voluntades ilícitas ni defectuosas; y en lo formal, esta reglamentado el formato del instrumento, su extensión en papel sellado, su inclusión y número en el protocolo y en las formalidades de su otorgamiento y su autorización, lectura, testigos en su caso, firma o modo de suplir la imposibilidad por no saber o no poder de estamparla". (59)

La formalidad notarial implica llenar los extremos que se preceptúan de rigor para el otorgamiento del acto y en -- cierto modo impone la forma legal a toda voluntad anímica que se exteriorice, porque la libertad contractual no da derecho a la libertad formal: "la voluntad anímica es soberana en el sentido de que sólo existe libertad para manifestar el consentimiento que da origen al acto declarativo, pero no lo es respecto de la expresión formal que debe guardarse para que el acto sea válido...". (60)

Por lo que respecta a nuestra legislación civil, el Código de 1870 enunciaba un claro consensualismo (art. 1392) como regla general, sin embargo casi a cada contrato les

(59) VALLET DE GOYTISOLD, Juan. El Notario y la Contratación en la Sociedad de Masas. Revista Internacional del Notariado, año XIII, No. 77, Buenos Aires, 1981, p. 147.  
(60) NERI, op. cit. p. 616.

impuso una forma determinada. Mientras que el Código de 1884 varía y deroga el principio del consensualismo al establecer en los artículos 1276 y 1279 el principio del formalismo, además de establecer para dieciseis de los veintisiete contratos que regulaba, formalidades expresamente determinadas.

El actual Código de 1928 establece el consensualismo en los arts. 1796 y 1832 y este último artículo prácticamente reproduce la disposición del Ordenamiento de Alcalá, sin embargo, los contratos que constituyen excepciones al consensualismo en el Código de 1928, por prever formalismos son la gran mayoría.

Por tanto, en nuestro derecho tenemos:

1).- Contratos consensuales propiamente dichos en que basta el solo consentimiento sin formalidad alguna determinada u obligatoria, aunque la prueba aconseja la forma (v. artículos 2316, 2406, 2556, C.C.).

2).- Contratos solemnes (forma de ser). La solemnidad puede provenir de una disposición de la ley, o de la voluntad de las partes. La ley puede establecer y con toda precisión una formalidad que si no se cumple origina la inexistencia del acto jurídico, y el consentimiento, en este caso, no tiene valor sin esa forma, aquel que lo haya prestado puede decir que ha consentido, pero no que está obligado. (Recuerdese la infinidad de frases "...se tendrán por no puestas..."). La sanción ataca al acto al nacer y no cabe la confirmación. El principio de libertad de contratación nos permite estipular una forma determinada, como condición de existencia de un acto jurídico. En este caso, esta condición que nace de la voluntad de las partes, convierte el acto sujeto a ella en solemne.

3).- Entre los contratos consensuales y los solemnes están los formales (forma de valer). La falta de cumplimiento

de la forma prescrita para estos actos, no produce su inexistencia sino su nulidad relativa la que puede ser purgada por confirmación (artículos 1795, IV, 1796, 2228, 2229, 2231 c.c.).

De lo expuesto derivan los dos tipos fundamentales de formalidades: "probationis causa", cuyo fin es probar el hecho y que pueden ser suplidas y confirmadas para purgar el vicio de nulidad; y las "solemnitatis causa", cuyo fin es hacer nacer el hecho y protegerlo, y evitar la supresión o suposición del acto, su falta da la inexistencia.

Respecto a la materia mercantil, "...Es principio propio de los contratos mercantiles, la libertad de las formas. Las partes pueden manifestar su consentimiento en la forma que más oportuno le parezca. La forma es libre y no impuesta". (61)

En igual sentido, expresa Rocco: "En materia mercantil, ese principio de libertad de forma rige igualmente y con un gran fundamento económico, y, por tanto, de aplicación jurídica más amplia; porque, para las relaciones mercantiles, la sencillez de formas es exigida, por un lado, con motivo de la rapidez en que se desenvuelven". (62) Lo anterior no obsta para que a algunos negocios jurídicos se les exija determinada forma, destacándose desde luego el escrito privado y el instrumento público. En esta materia se observa que la solemnidad no es exclusiva del instrumento público: los títulos de crédito, para su plena eficacia deben contener determinados requisitos. Existen actos en los que las leyes exigen determinada forma. Para otros basta el simple escrito, sin que tenga que recurrirse a la escritura pública. De igual manera que el derecho civil, la forma realiza una doble

(61) VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, Contratos Mercantiles, Edit. Porrúa, S.A., México, 1982, p. 66.

(62) ROCCO, Alfredo, Principios de derecho mercantil, Traducción de la Revista de Derecho Privado, Editora Nacional, S.A., México, 1981, p. 261.

función: sirve para la constitución del derecho y para probarlo.

La contratación moderna antes que formal es consensual, primero es el acuerdo de voluntades y posteriormente, la forma escrita. El acuerdo se integra asumiendo la concordancia de voluntades, y es necesario su exteriorización, es decir, la forma.

Cuando se habla de contrato es frecuente la remisión a su concepto tradicional, se imagina a una parte frente a la otra, discutiendo y tratando de conciliar sus voluntades. Sin embargo, varios hechos desvirtúan esto, de igual manera que lo apuntamos para la actividad notarial, el avance de normas de derecho público en la esfera del privado es uno de ellos, la voluntad del legislador a través de leyes especiales impone formas determinadas para la validez de algunos negocios y ante ello algunos tratadistas hablan de crisis del contrato porque piensan que ha dejado de ser el acuerdo de voluntades para convertirse en la adecuación de las mismas a la voluntad del Estado. El progresivo ensanchamiento de la esfera administrativa ha creado alarma justificada y hace pensar que las personas van siendo reducidas a la condición de piezas fungibles de una máquina, y que las defensas jurídicas de la persona, son menores con el avance del derecho público. Concomitante a lo anterior, se observa una "inflación legislativa" según la frase de Carnelutti, una elefantitis legislativa al decir de González Palomino, que conlleva una ignorancia de las leyes "...Es tal la cantidad de leyes que, en el mundo jurídico, nos encontramos en la mismas condiciones en que se encontraban los constructores de la torre de Babel. No nos entendemos. El Código de Comercio dice otra. La Ley Hipotecaria dice otra y así sucesivamente...". (63)

(63) LOPEZ LEGAZPI, Fortino. La crisis del derecho. Posición del notario ante ella, Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad de Sonora, Tomo I, Julio-diciembre-1975, México, p. 18.

El régimen legal moderno se caracteriza por su constante movilidad, por la ligereza en redacción, por la arbitrariedad y una real contradicción que produce un descrédito e incredulidad hacia él.

Los hechos anteriores que se traducen en aumento de prohibiciones, en creciente exigencia de autorizaciones, en un atentado a la libertad que conlleva la intervención administrativa, en el incumplimiento de leyes por el propio Estado, en la delegación de facultades legislativas hacia el ejecutivo nos llevan a reflexionar hasta que punto la voluntad del legislador y la de los particulares, expresada en los actos jurídicos interfieren y se amoldan entre sí, en medio de la constante transformación de leyes, las que por otra parte se multiplican y con ellas los contratos con lineamientos independientes a la voluntad de las partes.

Otro factor, este económico lo constituye las nuevas técnicas de contratación, hoy es posible obtener bienes o servicios mediante el simple hecho de apretar un botón, tirar de una palanca, oprimir una tecla, etc. Estas relaciones jurídicas celebradas a través de máquinas nos están dando la pauta del extremo en que se encuentra el fenómeno de la contratación frente a la anterior época de tratos previos y deliberaciones. Nos llevan al enfrentamiento de la definición teórica del Código y la que proporciona la realidad: el consentimiento ya no es el nervio del negocio o a menudo es más supuesto que real. Estructuralmente el contrato da la impresión de estar aniquilado, a la vez que nacen nuevos - - vicios y con ellos una moderna concepción del vicio de violencia, la económica y coyuntural, sin embargo, esa voluntad esta vigente, aunque con base distinta.

Los Códigos, tanto civil como mercantil parten del supuesto de una contratación individualizada, y conservan el concepto clásico, que indefectiblemente se pregona en textos y academia frente a una realidad que le niega sus moldes

clásicos. Las grandes concentraciones de capital han provocado estructuras que sobrepasan el esquema tradicional, así, distinguimos aquellos contratos negociados individualmente de aquellos que, o bien, nos son impuestos o que obedecen a contratos tipos, concertados. El contrato moderno en su mayoría no puede ser negociado dentro de las líneas tradicionales. El régimen de contratación se ha ampliado, y ante ello personas consideradas por el derecho como incapaces contratan con naturalidad, de ahí el cuestionamiento sobre, una contratación auténtica.

Supuesto que se reconoce a cualquier persona capacidad jurídica, es decir, la posibilidad de figurar como sujeto activo o pasivo en relaciones jurídicas, la conclusión es que cualquiera contrate. La práctica refrenda esta posibilidad, si bien el contrato postula la igualdad jurídica y la autonomía de la voluntad de las partes, es menester buscar una explicación a aquellos casos en los que un acto, aparentemente unilateral produce una relación jurídica bilateral, y que lleva a conservar forzosamente el concepto de contrato. En materia administrativa se habla del acto condición: hacer aplicable a un individuo una situación jurídica previamente establecida con carácter abstracto y general. Uno de los autores que mejor ha comprendido este fenómeno es García de Enterría: "He aquí que el aparoso ataque se resuelve llanamente en una logomaquia, llamemos a la figura concreto, en lugar de contrato, como don Miguel de Unamuno llamó novela a una novela que incluía los cánones clásicos, con lo que evitaba la crítica que en nombre de éstos pudiera hacerse. Porque la cuestión debe analizarse en su propio fondo, y su fondo es éste: si en efecto las reglas particulares aplicables a los llamados contratos o son reglas comprensibles perfectamente en el seno del contrato o no: si se cumplen o no verdaderas reglas exorbitantes del derecho privado, y si además, esta particularidad de efectos

juega orgánicamente". (64)

La desigualdad no llega a ser tan importante como para nublar la idea contractual; si bien es cierto que una de las partes conserva mayor libertad respecto de la relación, además de que una voluntad de las partes, una voluntad normativa no impide concluir un contrato, máxime cuando es la propia ley quien pone este medio jurídico a su disposición. Por esto, y para fines de conservar la noción de contrato, o bien se buscan otros mecanismos para restituir el equilibrio de las fuerzas contractuales y la determinación de los límites a la libertad negocial, o se parte de un nuevo concepto de contrato, que podría sustentarse como colocarse en una situación prevista que producirá efectos de derecho, que más que acto jurídico nos trae la idea del hecho jurídico.

Desde la creación del término "contrato de adhesión" por Saleilles el problema se simplificó y se mantuvo cualquier negociación bajo el rubro de contrato, al que sólo se agregarían "de adhesión", ó "tipos". Además de la conclusión del contrato, hay que tomar en cuenta factores técnicos, económicos y sociales que sirven a la nueva categoría, donde el contrato por negociación casi no tiene cabida, donde la voluntad y su misma exteriorización permanecen en la sombra, y que, por tanto, estos "contratos" sólo lo son de nombre desde un punto de vista tradicional. La libertad de contratación se limita a la conclusión, su poder volitivo se reduce a decidir si contrata o no, y en el mejor de los casos con quién. El contrato se perfecciona al aceptar quizá la única y última oferta formulada. La existencia de los "contratos de adhesión" o de ciertas cláusulas o condiciones generales estandarizadas se justifican por razones económicas, tecnológicas, sociales. Este hecho, no es

(64) GARCIA DE ENTERRIA, citado por Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, volumen II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 38.

exclusivo del derecho mercantil, sino de todo el derecho en general por ser un fenómeno social e irreversible, incluso a nivel notarial se observa casi siempre generalidad en la redacción (poderes, estatutos, cláusulas de contratos). Definitivamente el aspecto jurídico no puede disimularse, hay insuficiencia en las leyes para regular toda la amplitud negocial, no obstante el cúmulo de ellas, de tal suerte que algunos insistan en encuadrarlos forzosamente a un esquema tradicional o en adoptar figuras similares de otros sistemas jurídicos. Se han expedido leyes que pretenden subsanar los posibles vicios, el legislador aparece como predisponente. como recurso para que la parte fuerte no incluya "su derecho" al arbitrio.

El contrato individual tiende a desaparecer y es la contratación masiva la predominante a través de "contratos de adhesión": ó contratos "tipo". Sólo en esta idea se comprende el porque grandes empresas puedan comercializar enormes volúmenes y en nuestro tema, los intermediarios financieros operan gracias a "contratos" preelaborados. Claro, no hay que negar totalmente al contrato individual o negociado porque aún dentro de los citados "contratos de adhesión" las partes pueden deliberar con cierta discusión las condiciones contractuales, o incluso pactar cláusulas particulares, más hasta que punto puede decirse que el contratante ha prestado un verdadero y eficaz consentimiento respecto de las cláusulas? porque es el particular, quien acosado por necesidad, propone la celebración del "contrato", sin interesarse en las condiciones de los mismos.

La esencia del procedimiento contractual se encuentra fundamentalmente en: el acuerdo de voluntades para crear, modificar, o extinguir relaciones jurídicas y, además estas relaciones son de carácter bilateral, hay vinculación recíproca.

En dichos contratos se dan ambos supuestos, por lo que

habría que ubicarlos como tales. pero no desde un punto de vista histórico sino en función de la situación actual, porque el contrato hoy reposa, no sobre el principio de la autonomía, sino sobre el de utilidad social y de justicia y el consentimiento es indudable respecto de lo básico, de lo esencial, y como ejemplifica Miguel Royo Martínez(65) quien celebra un contrato de seguro, no ignora haber concertado un seguro de vida, por tal capital, por cierta prima pero no cabe pensar que el asegurado ha conocido, medido el alcance, previsto las consecuencias y aceptado todo el complejo normativo periférico.

Además: "La contratación basada en la conducta concluyente de las partes ha sido conocida desde muy antiguo...la masificación y la prisa habrá aumentado el volumen de tales tratos, pero no su significado de negocio jurídico...hay que distinguir dos momentos. El contrato se concluye y es válido en virtud del consentimiento expresado por la "conducta concluyente" de las partes.... la validez de las cláusulas puestas al dorso del billete es cuestión independiente; pueden darse por no puestas... o bien ser obligatorias, si la imposición de tales cláusulas ha sido legalmente autorizada".(66)

Además la eventual declaración de nulidad por defecto en el consentimiento como vicio resulta de absoluta insuficiencia práctica.

Otra de las peculiaridades indudables del contrato es que una de las partes se adhiere a unas condiciones fijadas - previamente. que no refleja el acto - condición, sino una técnica contractual. Este aspecto del contrato es hoy usual, por ejemplo, en la legislación de arrendamiento, donde la

(65) ROYO MARTINEZ, Miguel. Contratos de Adhesión. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, VI época, nos. 7-8, Julio-Diciembre, 1959, Guatemala, p. 61.

(66) DE CASTRO Y BARRO, Federico. El negocio jurídico. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1985, pp. 43 a 46.

situación de arrendador y arrendatario está configurada, con independencia y antes que en las cláusulas contractuales, en la Ley. Estas cláusulas y prescripciones no tienen carácter contractual desde un punto de vista tradicional y sin embargo, forman parte del contenido reglado del contrato.

Por ello el contrato se concluye sobre la base de la aceptación de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas particulares, que pasan así a formar parte integrante del contrato en cuestión y que, en virtud de la fuerza jurídica de dicho contrato, se convierten en cláusulas obligatorias para las partes, porque el contrato opera no solamente para aquello que expresamente dice, sino también de acuerdo a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fé, al uso o a la Ley., porque los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes. De lo que resulta la plena existencia de dichos contratos como tales y pensamos que la declinación de la libertad contractual aún esta pendiente. Lo anterior sin excluir que los fenómenos apuntados nos reflejan, no una época de crisis, sino de contradicciones. Se trata de una época de hechos, ideas, estudios, que a pesar de todo ratifican la idea de Demogue: "el contrato es aún hoy una cosa viviente".

Se ha mencionado en particular al contrato de adhesión como instrumento jurídico necesario para el desarrollo económico y social porque apareja la problemática de la forma y del llamado "neoformalismo, fenómenos característicos de las operaciones en la intermediación financiera.

La época reclama del jurista, no un historiador del derecho que ahonde en la búsqueda romántica de elementos decimonónicos, sino del experto en derecho para enseñar al consumidor y al particular a conocer sus derechos y su defensa.

Resumiendo este apartado habrá que estar conciente de una nueva concepción, para ello será necesario renunciar a cierto culto tradicional contractual puesto que la materia se ha diversificado y especializado, que nos lleva a un derecho-nuevo de contratos, por lo menos en cuanto a alguno de sus elementos: la fuerza obligatoria de la voluntad en el contrato.

Garrigues nos adelantaba, para el derecho mercantil, y que bien puede aplicarse a todo el ámbito jurídico:

"...Pero, a veces, su dinamismo se detiene por culpa de nosotros, los juristas, que nos deleitamos morosamente en el juego didáctico de las figuras y los conceptos jurídicos, encerrados en nuestro gabinete de estudio en los que apenas penetra el aire libre de los hechos de la vida real; olvidando que el Derecho se hizo para la vida y no al contrario". (67)

El derecho; independientemente de otros fines, persigue la igualdad, la seguridad y justicia. Hasta ahora se logra mayormente a través de la acción reparadora jurisdiccional, - sin embargo, deberá encauzarse a la prevención. El notario, perito de la formalidad y legalidad puede substituir al Estado en la facultad que éste detenta para la "autorización" o "aprobación" de contratos, máxime que normalmente los órganos encargados de la aprobación se integran por personas, que no precisamente son peritos en derecho. Su participación constituiría una Institución apta para controlar la legalidad de la redacción y contenido de las cláusulas predeterminadas; además garantizaría una adecuada información a los posibles contratantes. Su papel no queda relegado al de mero testigo, su misión es auxiliar a las partes en la exteriorización de sus voluntades

(67) GARRIGUES, Joaquín. Hacia un nuevo derecho mercantil. Editorial Tecnos, Madrid, 1971. pp. 11 y 12.

ajustándose a la Ley, de lo que deriva su verdadera eficacia jurídica, y labor de asesor y consejero. Debe informar al contratante más débil, de todas y cada una de las consecuencias jurídicas derivadas del contrato que otorga y de las que, con frecuencia no tendrán una idea clara debido a su complejidad y oscuridad. De cualquier forma, el notario no debe olvidar que independientemente del valor económico que exprese el contrato conviene adaptarlo a cada situación individual.

## CAPITULO II EL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO

### 1.- REGULACION

El hablar de un sistema financiero nos lleva a la idea de una organización de instituciones, públicas o privadas, que desarrollan actividades de crédito, o auxiliares del mismo y de circulación del capital financiero, mediante los distintos instrumentos que la Ley les otorga y regidos por autoridades u organismos públicos.

El sistema financiero se conforma a partir de instituciones bancarias y no bancarias.

La mayoría de los sistemas financieros actuales en el mundo tienen distintos matices, sin embargo, existen elementos comunes a ellos, de los que podemos sacar como notas afines:

- a).- La existencia de un banco central.
- b).- La banca comercial o instituciones tradicionales de captación de depósitos y colocación de préstamos.
- c).- La banca de fomento, en nuestro derecho banca de desarrollo, orientada a sectores considerados tradicionalmente no aptos de crédito, por requerir recursos a mediano y largo plazo.
- d).- Instituciones no bancarias: orientadas a movilizar valores y capitales a distintos plazos, enmarcados en un mercado de valores sujeto a actividades fundamentalmente especulativas para el financiamiento.
- e).- Instituciones de garantía: como aseguradoras y afianzadoras dedicadas a garantizar el valor de los bienes de capital y de dinero.

f).- Organismos reguladores de los anteriores.

Las anteriores instituciones pueden desarrollarse con recursos públicos o no, ello depende de la política crediticia de cada país. Lo que si es un hecho, es la globalización e integración de los servicios que ofrecen, donde se destaca un papel cada vez más importante de los intermediarios no bancarios por el tipo de actividades y funciones que realizan. De tal manera que una clara distinción entre las operaciones que ellos celebran es cada día más difícil, por lo que, una definición de las mismas se hará casi de manera tautológica; por ejemplo: la prestación del servicio de banca y crédito será aquel prestado por los "bancos".

En nuestro derecho, la tendencia es cada vez mayor hacia la total prestación de los servicios financieros por parte de particulares, con la vigilancia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y sus distintos organismos desconcentrados respectivos, y del Banco de México.

Para desarrollar este punto mencionamos primeramente como ha evolucionado nuestro sistema financiero en el aspecto jurídico para precisar su regulación actual y de ahí partir a su integración.

Es durante la época colonial cuando se hallan las primeras instituciones crediticias, recordemos que el comercio marítimo entre España y sus colonias se veía favorecido por el crédito otorgado por los comerciantes, quienes aquí adquirieron gran importancia económica y política organizados en los Consulados de México, Veracruz y Guadalajara. A éstos podríamos considerarlos como rudimentarias instituciones crediticias por haber practicado, entre otras funciones, las de depósito y préstamo. En esta época, se aplicó la Real Cédula sobre enajenación de bienes raíces y cobro de capitales, y se expulsó a los jesuitas, por

lo que el gobierno español se vió en la necesidad de crear instituciones de crédito para substituir a la iglesia y restar importancia a los comerciantes. Se crea la primera institución de crédito prendaria: el Monte de Piedad de ánimas, fundada por Pedro Romero de Terreros, a través de la Real Cédula del mes de junio de 1774, iniciando sus funciones en el año de 1775. Sus primeras operaciones fueron préstamos prendarios, custodia de depósitos confidenciales y la admisión de secuestros o depósitos judiciales y de otras autoridades, realizaba la venta pública en almoneda de las prendas no rescatadas y desde 1879 operó como institución de emisión hasta 1887.

El maestro Díaz Bravo (68) establece que a dicha institución correspondió la primera emisión autóctona de billetes.

En 1782 se fundó por Real Cédula del 2 de junio, el Banco Nacional de San Carlos destinado a fomentar el comercio en general.

Casi al término del Virreinato, en 1783, Carlos III expidió las Reales Ordenanzas para la Dirección, Régimen y Gobierno del Importante Cuerpo de la Minería de Nueva España y de su Real Tribunal General, que crearían en nuestro país en 1784 el primer banco refaccionario, el Banco de Avío de Minas, que tenía por objeto el de otorgar créditos a las empresas mineras, sin embargo, a los dos años se decreta la suspensión de sus actividades.

Al alcanzarse la Independencia continuó rigiendo parte de la legislación española que comprendía algunas disposiciones sobre bancos requiriendo para ello permisos de los gobiernos respectivos, aunque cabía la posibilidad de estar dedicado a las funciones desarrolladas por los bancos,

(68) DIAZ BRAVO, Arturo, en Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Editorial Porrúa, S.A., México, 1960, p.180.

sin ser propiamente tales, sujetos a determinados límites, so pena de caer en la usura.

En la época independiente, hasta 1830 (Decreto de 16 de octubre) con Lucas Alamán se establece el Banco de Avío, de clara promoción industrial. Posteriormente, en la Ley de 17 de enero de 1837 se crea el Banco de Amortización de la Moneda de Cobre para retirar de la circulación el exceso de monedas de cobre para dejar subsistentes exclusivamente monedas de oro y plata. La importancia de estos Bancos radica en el hecho de sentar precedentes en que el gobierno acudía a ellos para tratar de superar crisis económicas. En 1849 se crea la Caja de Ahorros del Nacional Monte de Piedad.

La Constitución Política de 1857 en el artículo 72, Fracción X estableció para toda la República las bases generales de la legislación mercantil, reservando a los Estados expedir las leyes que las habrían de regir.

Durante el Imperio de Maximiliano el 22 de junio de 1864 se creó la primera Institución de Crédito Comercial que en realidad era la sucursal del London Bank of México and South América Limited, el Banco de Londres, México y Sudamérica.

Dicha Institución recibía depósitos, otorgaba créditos, emitía billetes y proporcionaba servicios a los comerciantes dedicados al comercio exterior. Por ello, don Francisco Borja Martínez(69) nos señala que a partir de la Independencia y hasta esta fecha se carecía de intermediarios financieros, surgiendo primero en la banca, después en aseguradoras y finalmente en fianzas. Este banco estableció en México las operaciones, costumbres y prácticas bancarias europeas, manejándolas sin sujeción a norma legal alguna, en virtud de que no existía para entonces legislación específica, toda vez que el Código de Comercio de 1854 carecía de

(69) BORJA MARTINEZ, Francisco, Reglaen Jurídico de la banca, La Constitución Mexicana: Rectoría del Estado y Economía Mixta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Editorial Porrúa, S.A., México D.F. 1985, pp. 312 y sigs.

disposiciones al respecto.

En 1875 don Francisco McManus, crea el Banco de Santa Eulalia en Chihuahua con facultades para emitir billetes. En marzo de 1878 aparece el Banco Mexicano, también con la posibilidad de emitir billetes. Esto lo mencionamos porque son claros ejemplos de la falta de control sobre la creación de bancos y emisión de billetes que se dió en varios Estados de la República.

Para 1881, el Gobierno Federal y el Banco Franco-Egipto celebraron un contrato mediante el cual se creó el Banco Nacional Mexicano, que inició operaciones el 23 de febrero de 1882, convirtiéndose en cajero del Gobierno.

En 1882 se funda el Banco Mercantil Agrícola e Hipotecario. En este mismo año, y sin concesión se crean el Banco Mercantil Mexicano y el Banco Hipotecario Mexicano.

En 1883 se constituye el antecedente del Banco Obrero, el Banco de Empleados cuyo capital sería aportado por empleados públicos.

En este año de 1883 se reforma la citada fracción X del artículo 72 constitucional estableciendo la facultad del Congreso para expedir Códigos obligatorios en toda la República Mexicana, de minería y comercio, comprendiendo en este último a las Instituciones bancarias.

Para esta fecha, cualquier banco podía emitir billetes. Se requería de una legislación reguladora. El Código de Comercio de 1884 representó este esfuerzo, con el cual se inicia en el país la legislación sobre bancos, se dieron atribuciones de Banca Central al Banco Nacional Mexicano. Conforme a dicho Código, ningún banco o persona extranjera podía emitir billetes, prohibiéndoles el funcionamiento de sucursales o agencias, se previno la expedición de concesión para operar como banco a través del Gobierno Federal; se permitía emitir billetes en monto que no llegarán a exceder

su capital pagado y fijó un plazo de 6 meses para que se regularizarán los existentes. El 15 de mayo de este año se otorgó la concesión para el establecimiento del Banco Nacional de México resultante de la fusión del Banco Nacional Mexicano y el Banco Mercantil Agrícola e Hipotecario. El Banco de Londres, México y Sudamérica adquirió al Banco de Empleados. El 19 octubre de 1887 se aprueba el contrato por el que se autoriza el establecimiento de una bolsa mercantil. En 1895 se inician las operaciones de la Bolsa de México, constituida como sociedad anónima. El 15 de septiembre de 1889 se promulga el actual Código de Comercio; a partir de entonces las instituciones de crédito se regirían por una Ley especial, requerirían autorización de la Secretaría de Hacienda y contrato aprobado por el Congreso de la Unión para operar como tales.

Para 1890, el crecimiento del mercado de dinero y aún del de capitales permitió sustentar de manera incipiente la actividad de intermediarios financieros: bancos, aseguradoras, fianzas, agentes de valores y almacenes generales de depósito; aunado a la prestación por parte de asociaciones sin ánimo de lucro (cajas de ahorro), establecimientos y empresas mercantiles.

La inversión extranjera se destacaba enormemente dada la escasa regulación en la banca, no así respecto de seguros y fianzas donde prevaleció la persona moral mexicana, y para el mercado de valores, definitivamente se le excluyó.

Hasta aquí, propiamente no existía un auténtico sistema financiero, los intermediarios financieros prestaban sus servicios en forma independiente bajo la concertación de su concesión con el gobierno. Es hasta fines del siglo anterior y principios de éste cuando se configura legislativamente; el 16 de diciembre de 1892 se expide la primera ley sobre compañías de seguros, en 1895 las primeras disposiciones

relativas a compañías de fianzas y en 1897 se expide la Ley General de Instituciones de Crédito: la primera Ley General sobre bancos que impuso limitaciones en cuanto a reservas, facultades para emitir billetes (limitando el monto en relación al capital pagado y depósitos que mantuvieran) y apertura de sucursales.

Esta ley clasificó a las instituciones de crédito en:

- 1) Bancos de emisión (artículo 3o.).
- 2) Bancos Hipotecarios (artículo 4o.).
- 3) Bancos refaccionarios (artículo 5o.).

Por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación (D.O.) el 19 de junio de 1908 se instituyó la posibilidad de conversión de los bancos de emisión a refaccionarios.

Esta ley es el primer ordenamiento que regula en forma especial la facultad del Ejecutivo Federal de otorgar concesiones para el establecimiento de Instituciones de Crédito (art. 6o.) a quienes se les sujetó a la vigilancia de la Secretaría de Hacienda (arts. 14 y 113).

También encontramos una primera intervención notarial: las instituciones de crédito podían emitir bonos hipotecarios sin plazo fijo para su amortización, o exigibles en fecha determinada; los primeros para su pago eran reembolsables por medio de sorteos (art. 58), y entre otras formalidades, éstos eran públicos y presididos por un interventor gubernamental y a ellos asistiría un notario público, quien levantaría el acta respectiva y la protocolizaría (art. 63). Desde luego, se menciona su intervención en los créditos hipotecarios, tanto en su formalización como en su ejecución, el art. 78 establecía previo requerimiento hecho por Notario para hacer efectiva la garantía hipotecaria ante la autoridad judicial. El artículo 81 daba la intervención a un "escribano público" en la verificación de los remates, y el 84 para su formalización. En cuanto a los bancos refaccionarios, cuando

otorgaban préstamos en numerario, a plazos que no excedieran de dos años a negociaciones mineras, industriales y agrícolas (art. 88) se debían hacer en escritura pública (art. 89). El art. 127 preveía respecto de los honorarios de los peritos, notarios y demás personas intervinientes en las operaciones de las Instituciones de Crédito, su reducción a las dos terceras partes de sus cuotas ordinarias. De igual manera, su intervención era necesaria para la constitución de la Institución, la concesión podía otorgarse a particulares o a sociedades anónimas debidamente constituidas en la República. (art. 9o.)

En este último año se crea la Bolsa de Valores de México como una sociedad cooperativa limitada. En 1900 aparece una ley que norma de manera general a los almacenes de depósito denominada Ley sobre Almacenes Generales de Depósitos publicada en el D.O. 16 de febrero de 1900, que los define como "los establecimientos que tengan por principal objeto el depósito, conservación y custodia de mercancías y efectos de procedencia nacional o extranjera, y que estén autorizados para expedir documentos de crédito transferibles por endoso y destinados a acreditar, ya sea el depósito de la mercancía, o bien el préstamo hecho con garantía de la misma" (art. 1o.). En el artículo 2o. de dicha Ley se les catalogó como Instituciones de Crédito, aplicándosele en consecuencia la Ley de 1897 en lo relativo a su creación y franquicia de que disfrutaban.

El 12 de octubre de 1898 se concesionó al Banco Refaccionario Mexicano la posibilidad de canjear los billetes de los Bancos de los Estados. Posteriormente, cambió su denominación por la de Banco Central Mexicano, y funcionó como cámara de compensación.

En el Diario Oficial de la Federación de 28 de mayo de 1903 se publicó el "Decreto sobre el uso de la palabra

"banco", y conforme a él sólo podrían usarla las sociedades anónimas legalmente constituidas (art. 10.) y se ratificó el requisito de escritura en el art. 2o.

Durante este siglo, en 1907 renace la Bolsa Privada de México, Sociedad Cooperativa Limitada, cuyos objetivos comprendían: reglamentar liquidaciones, registrar valores públicos, mineros, bancarios e industriales. En 1910 cambia su denominación por la de Bolsa de Valores de México, Sociedad Cooperativa Limitada.

Con el movimiento político social de 1910 se agudizó la inestabilidad económica, se restringió el crédito, hubo retiro de depósitos. El 5 de octubre de 1913 Huerta decreta la inconvertibilidad de billetes de banco y en el D.O. de la Federación de 20 de diciembre del mismo año la suspensión de pagos. Con Carranza, se trata de reconstruir el incipiente sistema financiero: se suspende la emisión de billetes, y se crea por decreto de septiembre de 1915 e instrumentado mediante circular de 26 de octubre de 1915 (D.O. 30 de octubre de 1915) la Comisión Reguladora e Inspector de Instituciones de Crédito para someter a los Bancos al cumplimiento legal, acarreado el retiro de concesiones y liquidación de Bancos.

Un año después, se expide un decreto sobre liquidación de bancos de emisión previstos en la Ley de Instituciones de Crédito de 1897, y se procedió a nombrar un Consejo de Incautación en cada banco cuya función consistió en vigilar la conservación de sus recursos metálicos, y en su caso, proceder a su liquidación.

En el D.O. de 8 de enero de 1916 se publica un decreto que reglamentaba la creación y funcionamiento de las casas de cambio y prohibía la especulación sobre monedas y valores al portador estableciendo la previa autorización de la Secretaría de Hacienda. En ese mismo año el 3 de julio se

autorizó la apertura de una Bolsa de Valores en la Ciudad de México, con la intervención directa de la aludida Secretaría de Hacienda. En 1917, con la Constitución se cambia el sistema plural de emisión al reservarse al Estado (art. 28 Constitucional) la emisión de billetes a través de un banco único, y se reitera la facultad federal en materia de comercio y se regresa al patrón oro. Para 1920, existían 20 Bancos de emisión, 3 hipotecarios, 7 refaccionarios y la bolsa de valores.

El sistema financiero se reorganiza en 1924 con la Primera Convención Bancaria. Resultado de ésta, fue la nueva legislación:

A).- La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios (24 diciembre de 1924),

B).- Ley sobre Bancos Refaccionarios (24 septiembre de 1924),

C).- Ley sobre Compañías de Fianzas (11-Marzo de 1925),  
y

D).- Ley sobre suspensión de pagos de bancos y establecimientos bancarios.

En 1924 (D.O. 12 - Noviembre de 1924) se expide la Ley sobre Bancos Refaccionarios; al igual que la Ley de 1897 impone la necesidad de la concesión previa, y tratándose de sociedades anónimas sólo se otorgarían a aquellas legalmente constituidas, extendiéndose a la ulterior modificación de estatutos, fusión; y respecto de los contratos de préstamos daba la opción de formalizarse mediante escritura pública o en contrato privado, firmado ante dos testigos (art. 15). Esta Ley, dio pauta a la regulación de los bancos agrícolas e industriales previstos en la Ley Bancaria de 1924.

En 1924, decíamos se promulga la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios.

En la exposición de motivos de la misma se sintetizaba

la situación del crédito en tres grandes grupos:

a) Los antiguos bancos de concesión federal: veinticinco bancos de emisión, tres hipotecarios y siete refaccionarios.

b) Los bancos y establecimientos bancarios privados que no disfrutaban de concesión del Gobierno y que operaban sin sujetarse a una legislación especial, sino solamente a ciertas medidas de garantía y vigilancia expedidas esporádicamente por la Secretaría de Hacienda.

c) Las sucursales de bancos extranjeros, que tampoco tenían concesión y que se encontraban en el mismo caso que los anteriores.

Esta Ley distinguía:

1).- Las Instituciones de crédito, con la función de facilitar el uso del crédito, diferenciadas por la naturaleza de los títulos especiales o de la naturaleza de sus servicios (art. 5o.), señalando entre ellas al Banco Único de emisión y la Comisión Monetaria; las hipotecarias, Refaccionarias, Agrícolas, Industriales, de Depósito y Descuento y de Fideicomiso (art. 6o.); prevaleció, en ellas el criterio de especialización (art. 86 F. VIII). Respecto del Banco Único de emisión remitió a las "Leyes especiales que se expedirán" (art. 17). En nuestro tema, destacamos el artículo 22 que indirectamente preveía la intervención notarial: a la correspondiente escritura deberían agregarse las tablas de amortización relativas a los distintos tipos de operaciones de préstamos hipotecarios.

En muchos aspectos reproduce disposiciones de la Ley de 1897: la concesión, vigilancia de Secretaría de Hacienda, y el concerniente a la emisión de bonos hipotecarios sin plazo fijo para su amortización que debería realizarse vía sorteo ante notario público (art. 44), y el relativo a honorarios, en contra, ya no comprende la posibilidad de la notificación para hacer efectiva la garantía hipotecaria (art. 57).

2).- Los establecimientos bancarios y los asimilados a

ellos (arts. 105 y 106), distinguiéndose de las primeras en no necesitar propiamente concesión especial de la Secretaría de Hacienda (art. 107); y dedicados, al objeto exclusivo ó principal de realizar operaciones bancarias, comprendiendo la admisión de depósitos reembolsables a la vista. El artículo 127 estableció como requisito para celebrar algunos contratos que éstos estuvieran previamente aprobados por la Secretaría de Hacienda. Para los Almacenes Generales de Depósito declaró aplicable tanto su legislación de 1900 (art. 1o. transitorio) como la propia Ley.

En 1925 se creó la Asociación de Banqueros de México, A.C.; y la Comisión Nacional Bancaria (aunque propiamente es del 29 de diciembre de 1924 y publicado el respectivo Decreto en el D.O. de 31 de diciembre de 1924), con facultades entre otras, la de vigilar por el exacto cumplimiento de las disposiciones legales relativas al régimen de bancos, banqueros, cajas de ahorro, Montes de Piedad, Casas comerciales, y de toda clase de Compañías, Sociedades e individuos que recibían depósitos del público (art. 2o. Fracción.I.).

También el once de marzo de este año, se publica otra Ley sobre Compañías de Fianzas.

La noción de establecer un sólo banco de emisión mencionamos anteriormente, estaba prevista en el artículo 28 Constitucional. Por ley de 25 de agosto de 1925 se creó el Banco de México, y sus fines principales fueron: la emisión de billetes, la regulación de la circulación monetaria, de los cambios sobre el exterior, y de las tasas de interés, redescantar documentos mercantiles, actuar, como Tesorería del Gobierno Federal, efectuar operaciones de depósito y descuento. De hecho conserva actualmente estas facultades.

A partir de esta fecha se crean Instituciones de Crédito, tanto públicas como privadas. En 1926 se funda el

Banco Nacional de Crédito Agrícola.

En 1926 (D.O. 17 de julio de 1926) se expide la Ley de Bancos de Fideicomiso, que sigue los lineamientos de la Ley de 1924, y exigía que la autorización de la Secretaría de Hacienda se insertará en la escritura constitutiva (art. 2o. Fracción. II. 2o. párrafo). Definib al fideicomiso como:

"un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario (art. 6o.).

Como formalidad daba la opción de constituirse vía escritura pública o por documento privado (art. 11). Para la protocolización de la junta de fideicomisarios ordenaba levantar un acta en los términos que el Código de Comercio establecía para las asambleas en las sociedades anónimas. Reglamentaba también a los departamentos de ahorro, con objeto: estimular el ahorro, especialmente en las clases trabajadoras, en las madres y en los niños (art. 49) formalizándose tales operaciones a través de libretas encuadernadas, autorizadas con el sello del Banco (art. 54) además imponía la impresión de un extracto de las disposiciones del capítulo respectivo y de las condiciones de la cuenta, las entregas se hacían mediante declaraciones en esqueletos que se proporcionarían gratuitamente por el Banco (arts. 60 y 64). Para retirar fondos bastaba en caso de apoderado, carta-poder por duplicado sin importar la cantidad, y en el supuesto de fallecimiento del titular, si el saldo de la cuenta respectiva no excedía de \$3000.00 se podía entregar al beneficiario sin prejuzgar o comprobar los derechos hereditarios.

En este año (D.O. 29 Noviembre) aparece otra Ley General

de Instituciones de Crédito y Establecimientos bancarios-agregó a los tipos previstos en la de 1924 los Bancos de Ahorro, Almacenes Generales de Depósito y las Compañías de Fianzas. Estableció capitales mínimos para los diferentes tipos de Instituciones.

En cuanto a intervención notarial reproduce muchas disposiciones de su antecesora, entre ellas las relativas al sorteo de amortización de bonos, contratos de préstamos refaccionarios, los préstamos que otorgaran los Bancos-Industriales, y en el caso del fideicomiso podía constituirse en escritura pública.

Para 1930 y 1931 se emite otra Ley Orgánica del Banco de México, para darle un auténtico papel de Banco Único de emisión y controlador del circulante, carácter que asumió plenamente en la Ley de 1936, para entonces se le suprimió definitivamente las operaciones directas de préstamo y descuento con el público. También por estas fechas se expide la Ley Monetaria dando paso a la plata como unidad básica.

En 1932, se promulgó la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en aras de utilizar mayormente instrumentos de crédito en lugar de dinero.

El 28 de junio de este año aparece otra Ley relativa a las Instituciones de Crédito. En su exposición de motivos reiteraba que la mayoría de las actividades de crédito difícilmente podían dejarse de modo completo en manos del interés y de la iniciativa privada, de ahí la intervención del Estado y el establecimiento de un régimen especial. Reconoce a las cámaras de compensación como organismos típicos bancarios; a las bolsas de valores como complemento indispensable para la existencia de un mercado de dinero y de valores y aquí propiamente hallamos el antecedente de la banca de desarrollo. En cuanto a operaciones se destaca la posibilidad de emitir bonos de caja, previstos desde la ley

anterior. Se eliminan a los establecimientos bancarios, por tanto, quienes quisieran operar debían organizarse como sociedades anónimas. Se obligó a las Instituciones de crédito que recibían depósitos del público, incluyendo sucursales de instituciones de crédito extranjeras, a asociarse al Banco de México.

Enunció como instituciones auxiliares a las de crédito a los Almacenes Generales de Depósito, Cámaras de compensación, Bolsas de Valores, Uniones y Asociaciones de Crédito y Sociedades Financieras. Para su operación se requería concesión del Gobierno Federal y desde luego dedicó el título II a reglamentarlas.

En cuanto a intervención notarial, como apuntamos se requería ser sociedad anónima constituida conforme al Código de Comercio de 1889, y por tanto, ante notario. En la redacción de estatutos se previnieron diversas estipulaciones a observarse: derecho de socios a convocar, derechos de las minorías, quórum de asistencia y votación. Tanto la escritura como los estatutos debían ser aprobados por la Secretaría de Hacienda.

En el caso de bonos hipotecarios su emisión debía efectuarse por declaración unilateral del banco haciéndose constar en acta ante notario aprobada por la Comisión Nacional Bancaria y para el carácter de ejecutividad se necesitaba previo requerimiento hecho ante Notario.

En caso de falta de pago de la pensión del servicio de cajas de seguridad o a su vencimiento y previo requerimiento el banco después de 15 días podía proceder a la apertura y desocupación de la caja respectiva ante notario, quien levantaría el inventario correspondiente.

La emisión de obligaciones de las sociedades financieras debía hacerse por declaración unilateral de voluntad hecha constar en acta ante Notario con intervención de un inspector

de la Comisión Nacional Bancaria. La admisión, renuncia o exclusión de un socio de las uniones, asociaciones o sociedades de crédito debía constar por la sociedad o por el socio en acta ante notario e inscribirse en el Registro de Comercio y además los socios de estas sociedades podían constituir hipotecas sobre inmuebles de su propiedad emitiendo cédulas hipotecarias mediante declaración unilateral de voluntad en acta ante notario. En los casos de créditos inmobiliarios o de habilitación o avío y refaccionarios con garantía sobre inmuebles, las instituciones de crédito para su cobro, entre otras acciones, podían hacer vender el inmueble garante y para ello debía notificarse al deudor mediante notario o en jurisdicción voluntaria la venta concertada o su intención de efectuar el remate, el cual debía realizarse ante notario o corredor, y desde luego la respectiva escritura se otorgaba ante notario. Finalmente, al igual que las otras leyes obligaba a reducir a las dos terceras partes los honorarios de notarios que intervinieran en operaciones crediticias, e imponía una sanción económica en caso de autorizar escrituras donde constarían operaciones prohibidas o donde no se cerciorara la plena representación de los otorgantes.

En 1933, La Bolsa de Valores de México, Sociedad Cooperativa Limitada, se transformó en Bolsa de Valores de México, S.A. de C.V.; y se creó el Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas.

Bajo Cárdenas, se creó Nacional Financiera constituida como sociedad anónima por decreto de 30 de agosto de 1933, modificado en 1934 en una Ley Orgánica, reelaborada en 1940, hasta llegar a su transformación a Banca de desarrollo por decreto de 12 de julio de 1985 y Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1986 y su respectivo reglamento (D.O. 2 de abril de 1991). En cuanto a funciones vigilaba y regulaba el mercado de valores y créditos a largo plazo, promovía la

inversión del capital en la organización, transformación y fusión de toda clase de empresas en el país, como institución de apoyo, actuaba como consejero de los Gobiernos Federal, Estatal y municipal, encargada de la colocación de los bonos de emisiones federales, y podía emitir títulos financieros, certificados de participación. También se crearon el Banco Nacional de Crédito Ejidal (1935) y el Banco Nacional de Comercio Exterior (1937).

En 1941 se crea el Banco Nacional de Fomento Cooperativo Substituto del Banco Nacional de Fomento Industrial, y que años adelante se convertiría en el Banco Nacional Pesquero y Portuario.

Igualmente en este año se expide la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, (D.O. 31-Mayo) comprendía a los bancos de depósito, con las facultades de: recibir del público depósitos bancarios de dinero, a la vista y a plazos, efectuar descuentos, otorgar préstamos de cualquier clase reembolsables a plazos que no excedieran de un año y renovables por una sola vez, otorgar créditos de habilitación o avío a plazo máximo de un año, realizar pagos por cuenta de sus clientes, efectuar aceptaciones, expedir cartas de crédito, y a través de ellas, asumir obligaciones por cuenta de terceros, realizar operaciones de compra-venta de títulos, valores, divisas, reportos, anticipos. Mencionaba como organizaciones auxiliares a los Almacenes Generales de Depósito, Cámaras de compensación, Bolsas de Valores y Uniones de Crédito (art. 3o.) y las sujetó a la vigilancia de la Secretaría de Hacienda a través de la Comisión Nacional Bancaria. Para las Instituciones de crédito previno la concesión, mientras que para las organizaciones auxiliares la autorización, aunque en su última etapa de vigencia también les impuso la concesión. Se reconoció a las sociedades financieras el carácter de Instituciones de crédito. De igual manera que las anteriores, las emisiones de algunos títulos

seriales entre ellos los bonos generales, comerciales e hipotecarios de las sociedades financieras y de crédito hipotecario se harían mediante declaración unilateral de voluntad ante notario, y los títulos respectivos para producir acción ejecutiva necesitaban previo requerimiento de pago ante notario (art. 123).

En 1940, se crea el Banco del Pequeño Comercio. En 1946 (11 de febrero) se crea la Comisión Nacional de Valores. Mientras que en 1947 (15 de enero) se expide el Reglamento Especial para ofrecimiento al Público de Valores no registrados en Bolsa, se crea el Banco Nacional del Ejército y la Armada. En 1950 el Patronato del Ahorro Nacional. En 1951, se crean las Sociedades de Inversión y a partir de la década de los cincuenta toman gran importancia. En 1953, se expide la Ley de la Comisión Nacional de Valores, la mayor parte de estas actividades en materia bursátil se ejercían a través de Nacional Financiera, S.A.

En 1960 se crea la Bolsa de Valores de Monterrey, S.A. de C.V.; en 1957 la Bolsa de Valores de Occidente, S.A. de C.V. (aún cuando inició actividades hasta 1960), y en 1966 cambió su denominación por la de Bolsa de Valores de Guadalajara, S.A. de C.V.

Mención aparte merece el apoyo de la banca, principalmente, de Nacional Financiera y Banco de México, para contribuir al desarrollo del país a través de la creación de los fondos de fomento utilizados como instrumentos para el redescuento y canalización de recursos hacia sectores "no redituables" vía encaje legal- como ejemplos, citamos al FIRA (Fideicomisos instituidos en relación con la Agricultura), FOVI (Fondo de Operación y Descuento Bancario a la Vivienda), FOMEX (Fondo para el Fomento de las Exportaciones de Productos Manufacturados), FONEI (Fondo Nacional de Equipamento Industrial), INFRATUR

(para el Financiamiento de Infraestructura Turística), todos ellos creados en el Banco de México-máxime, si se considera que la Banca Comercial para entonces primordialmente financiaba al comercio.

Prácticamente hasta 1978 el sistema bancario estuvo formalmente estructurado bajo el criterio de especialización funcional. Para 1960, lo anterior constituyó un factor limitante para el crecimiento de los bancos, toda vez que para entonces se vinculaban estrechamente con el capital industrial; era común que un Banco de depósito tuviera anexa una institución financiera y otra hipotecaria; y en su "periferia" contaría con aseguradoras, sociedades de inversión, inmobiliarias, surgiendo así grupos bancarios que integraban a Instituciones de crédito con diversos tipos de especialización. El 29 de Diciembre de 1970 la ley reconoce estas agrupaciones y en 1974 permite que, vía fusiones, una misma Institución pueda prestar a través de distintos departamentos, servicios de banca y crédito integrados; hasta que, finalmente en 1978 se reconoce a la banca múltiple. Mientras, la reforma de 1970 tendía a fortalecer la integración financiera, la de 1974 buscó desconcentrar el capital financiero vía fusiones. Por ello, para esta fecha, nuestro sistema financiero se uniforma con la autorización previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para la operación de los intermediarios financieros, agregándose posteriormente las facultades regulatorias de la propia Secretaría de Hacienda y Crédito Público y del Banco de México. Así, en 1976 se formaron los primeros cinco bancos múltiples, y para 1980 existían ya treinta y seis.

El 18 de marzo de 1976 se publican las Reglas de la banca múltiple, definida como la sociedad que tiene concesión del Gobierno Federal para efectuar operaciones de banca de depósito, financiera e hipotecaria sin perjuicio de contar con distintas concesiones para realizar otras

operaciones. Constituyó la base legal para la concentración del capital bancario, y en una visión global de este efecto se ejemplifica: si en 1975 existían 243 Instituciones Bancarias para 1981 había 36 multibancos, de los cuales, tan sólo Bancomer, S.A., y Banamex, S.A. representaban un 42.19% del total de activos del sistema bancario (tendencia que aún hoy en día se observa).

En 1975, las bolsas de valores dejan de ser organizaciones auxiliares de crédito para adoptar configuración independiente del sistema bancario y se precisa que los agentes de valores debían de constituirse con el carácter de sociedades mercantiles bajo el nombre de casas de bolsa.

Para regular el incipiente mercado de Valores se publicó en 1975 (D.O. 2 de enero) la Ley del Mercado de Valores, que separa al sector bursátil del bancario y profesionalizó la intermediación bursátil al favorecer el desarrollo de los Agentes de Valores, personas morales (casas de bolsa) y restringir la operación de los Agentes de Valores, personas físicas, (agentes de bolsa).

Hasta 1976, el sistema financiero mexicano desarrolló las finanzas bancarias con más éxito que las bursátiles. Porque aunque, desde 1895 se hallaba la Bolsa de Valores, por ejemplo, para 1940 registraba tan sólo 5 emisores de acciones bancarias, 10 industriales y 8 mineras.

En 1978 se crearon el Instituto para el Depósito de Valores, y como instrumento para el manejo de deuda pública los "CETES" que por sus rendimientos se convirtieron en los valores líderes.

En 1981, las arrendadoras financieras se incorporaron formalmente al sistema con el carácter de organizaciones auxiliares de crédito y en 1990 se reconoce este carácter a las empresas de factoraje financiero, creándose asimismo los

denominados especialistas bursátiles quienes se distinguen de las casas de bolsa en que actúan por cuenta propia, sus operaciones se circunscriben a los valores registrados como especiales en la bolsa de que sean socios y tienen por función específica operar con otros especialistas bursátiles y casas de bolsa y con el público sólo cuando se los autorice la Comisión Nacional de Valores.

Antes del decreto expropiatorio del primero de septiembre de 1982 la actividad bancaria se sujetaba a un régimen de servicio público, por ende requería concesión, y estaba sujeta a una amplia regulación, estructurada primordialmente bajo el supuesto de la banca múltiple, con intervención de los sectores públicos y privados, y la consiguiente inspección y vigilancia de las autoridades hacendarias.

Con dicho decreto se pretendió darle una nueva estructuración jurídica: al servicio en sí y a los prestatarios, otorgando al Estado la plena rectoría y participación en el sistema bancario, y consecuencia de ello se expide la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (D.O. 31 de diciembre de 1982) imprimiéndole a las Instituciones de Crédito el carácter de Sociedades Nacionales de Crédito. En cuanto a las reglas de operaciones prácticamente siguieron iguales, al continuar vigentes diversas disposiciones de la ley de 1941. Un mes antes, entraron en vigor diversas reformas a la Constitución, instituyendo a la actividad bancaria como monopolio estatal, y su prestación exclusiva, aunque la participación en su capital se admitía respecto de nacionales en la llamada serie "B" con un límite de 34%. El impacto y la polémica respectiva escapan a los fines del tema. Se menciona, porque constituye en gran medida la base primordial de la siguiente ley: la séptima ley bancaria denominada igual que su antecesora, en publicación simultánea con la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares

del Crédito (D.O. 14 de enero de 1985), que reproduce la prestación estatal de servicio bancario, y preveía el Fondo de Apoyo Preventivo a las Instituciones de Banca Múltiple orientado a apoyar la estabilidad financiera y evitar problemas de liquidez de las Instituciones de Crédito. Clasificó a las Sociedades Nacionales de Crédito en:

- I.- Instituciones de banca múltiple y
- II.- Instituciones de banca de desarrollo.

Estas últimas se rigen por su respectiva Ley Orgánica, dedicadas a atender un determinado sector económico, representan un destello de la especialización.

Las Instituciones de banca múltiple podían intervenir en cualquier ámbito. Características suyas eran tener personalidad jurídica propia y contar con patrimonio propio, y en principio, eran exclusivamente mexicanas modificado este carácter por reforma de 27 de diciembre de 1989, al admitir la serie "C" que contemplaba la intervención de accionistas extranjeros.

En cuanto a operaciones el artículo 30 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, entre otras mencionaba:

- a).- La recepción de depósitos bancarios de dinero.
- b).- Recepción de créditos.
- c).- Emisión de bonos bancarios y obligaciones subordinadas.
- d).- Depósitos en administración o custodia, o en garantía por cuenta de terceros, de títulos o valores.
- e).- Descuento.
- f).- Otorgamiento de préstamos y créditos.
- g).- Expedición de tarjetas de crédito.

Como efecto directo de la expropiación la mayor parte de los banqueros trasladaron sus recursos a las casas de bolsa provocando que éstas, representarán un auténtico punto de

competencia en la intermediación financiera. Así, la coexistencia de ambas instituciones llevó irremediablemente a la integración de grupos financieros, quienes bajo un mismo local pueden ofrecer el servicio íntegro: bancario, bursátil, asegurador y afianzador. De ahí que en 1990 (D.O. 27 de junio) se derogara el párrafo quinto del artículo 28 Constitucional para retornar al régimen mixto, y las Sociedades Nacionales de Crédito de Banca Múltiple dejan de pertenecer a la administración paraestatal.

Acorde a lo anterior en el mes de julio (D.O. 18 de julio) se publicaron:

La actual Ley de Instituciones de Crédito y la Ley para Regular a las Agrupaciones Financieras, además de múltiples reformas a la Ley del Mercado de Valores, ordenamientos que a pesar de su corta vigencia llevan bastantes reformas.

De igual manera la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito ha sido motivo de distintas reformas (D.O. 3 de enero y 27 de diciembre de 1990) que en conjunto tienden a fortalecer a los intermediarios financieros y su integración, no sólo nacional sino con elementos y capitales foráneos.

De lo expuesto la actividad financiera se fundamenta en lo siguiente:

1.- La base constitucional, prevista en los artículos 28 y 73 fracción X que determinan respectivamente la rectoría estatal en la intermediación financiera y la facultad federal para legislar en la materia. El artículo 28 Constitucional prevé esta situación a través del Banco Central.

2.- Plan Nacional de Desarrollo: acorde a las reformas constitucionales de 1983, el Estado se constituye en regulador, planeador, conductor, coordinador y orientador de la actividad económica nacional, y a través del programa nacional de financiamiento del desarrollo se pretende entre

otros objetivos, canalizar los recursos a las prioridades del desarrollo, una mayor racionalidad en la asignación de créditos entre sectores y regiones, una reestructuración de la banca mediante su agrupación y la reducción de subsidios - financieros en claro fortalecimiento de los bancos de fomento.

3.- La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal: da competencia a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para planear, coordinar, evaluar y vigilar el sistema bancario, realizar o autorizar todas las operaciones en que se haga uso del crédito público, dirigir la política monetaria y crediticia, e intervenir en materia de seguros, fianzas, valores y organizaciones auxiliares de crédito (art. 31, Fracciones VII, IX, XI, XIII).

4.- Ley del Banco de México (D.O. 23 de diciembre de 1993, con vigencia a partir del 1o. de abril de 1994). Acorde a la reforma al artículo 28 Constitucional esta nueva ley lo caracteriza como persona de derecho público con carácter autónomo. En cuanto a operaciones conserva sus facultades para la regulación monetaria, la intermediación y los servicios financieros previstas desde las leyes anteriores que le han regido, con la posibilidad de expedir las disposiciones conducentes. Respecto de su administración, la misma se encomienda a una Junta de Gobierno y a un gobernador.

5.- Ley de Instituciones de Crédito (D.O. 18 de julio de 1990), regula el servicio de banca y crédito, la organización y funcionamiento de las Instituciones de Crédito sus actividades y operaciones, la protección de los intereses del público y la forma en que el Estado ejercerá la rectoría financiera (art.1). A esta ley en lo sucesivo le llamaremos simplemente L.I.C.

6.- Ley sobre el Mercado de Valores (D.O. 2 de enero de

1975) regula la oferta pública de valores, su intermediación, las actividades de las personas que en él intervienen, el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, así como a las autoridades y servicios respectivos (art. 1). En lo sucesivo a esta Ley nos referiremos con sus iniciales L.M.V.

7.- La Ley General de Deuda Pública (D.O. 31 Diciembre de 1976), base de la emisión de valores públicos pues una de las formas de financiamiento público es la suscripción o emisión de títulos de crédito o cualquier otro documento pagadero a plazo (art. 2o. F.I.), y corresponde a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público dicha emisión así como la contratación de empréstitos para bienes de inversión pública productiva, para canje o refinanciamiento de obligaciones, o con propósitos de regulación monetaria (art. 4o. F.I.), y la autorización a distintas entidades de la Administración Pública Federal para la contratación de financiamientos, aún del exterior.

8.- Ley de Sociedades de Inversión (D.O. 14 de Enero de 1985) Regula la organización y funcionamiento de las sociedades de inversión, la intermediación de sus acciones en el mercado de valores, los servicios que prestan y las autoridades respectivas.

9.- Ley para regular las agrupaciones financieras. (D.O. 18 de julio de 1990), regula las bases de organización y funcionamiento de los grupos financieros, su operación y la protección de los intereses de los usuarios.

10.- Ley Federal de Instituciones de Fianzas (D.O. 29-Diciembre 1950).

11.- Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (D.O. 31-Agosto de 1935).

12.- Leyes Orgánicas de las Instituciones de Banca de Desarrollo y sus respectivos reglamentos.

13.- Reglamento interior de la Comisión Nacional Bancaria (D.O. 14-Enero 1991).

14.- Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (D.O. 14 de Enero 1985). A esta Ley en lo sucesivo la citaremos como L.G.O.A.A.C.

15.- Ley sobre el contrato de Seguro(D.O.31-Agosto-1935).

Estas leyes, son las que principalmente dan conformación a nuestro sistema financiero. Como legislación indirecta apuntamos, a la Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, Código de Comercio, Código Civil para el Distrito Federal.

La mayor parte de las Leyes anotadas proveen esta superioridad: en el artículo 6o. de la Ley de Instituciones de -- Crédito además se agrega los usos y prácticas bancarios y mercantiles; el art. 4o. de la Ley para regular las agrupaciones financieras.

También mencionamos a las leyes fiscales y por ejemplo, el arrendamiento financiero en principio estuvo previsto en Ley del Impuesto Sobre la Renta. Lo anterior, aunado, a la multitud de circulares y "disposiciones generales" que la Secretaria de Hacienda y Crédito Público emite con base en las leyes respectivas y que a su vez en forma específica regulan tanto la integración y funcionamiento de los distintos intermediarios financieros como las operaciones que realizan.

## 2.- INTEGRACION

De lo expuesto, se reconoce que al lado de las instituciones bancarias, y los subsectores que lo integran existen otras de más reciente configuración que realizan funciones de intermediación financiera: seguros, fianzas, casas de bolsa, especialistas bursátiles, sociedades de

inversión, agregándose las organizaciones auxiliares del crédito (almacenes, arrendadoras financieras, empresas de factoraje, uniones de crédito, sociedades de ahorro y préstamo) y otras que realizan actividades auxiliares del crédito (casas de cambio), instituciones que en conjunto configuran a nuestro sistema financiero.

Así, el sistema financiero mexicano se integra por diversos sectores:

- A) El relativo al sistema bancario.
- B) El correspondiente a las organizaciones y actividades auxiliares del crédito.
- C) El referido a los intermediarios que actúan de manera directa y principal en el mercado de valores.
- D) El sistema asegurador, y
- E) El de fianzas.

En relación a cada uno de ellos podemos señalar:

A) El sistema bancario a su vez lo integran conforme al artículo 3o. de la Ley de Instituciones de Crédito:

- El Banco de México.
- Instituciones de Crédito de banca múltiple y de desarrollo.
- Patronato del Ahorro Nacional.
- Fideicomisos públicos creados por el Gobierno Federal para el fomento económico y aquellos constituidos para complementar la actividad del Banco Central en las funciones que la Ley le encomienda.

B) El de las organizaciones y actividades auxiliares del crédito comprende a:

- Los almacenes generales de depósito.
- Uniones de crédito.
- Arrendadoras financieras.
- Empresas de factoraje financiero.
- Sociedades de Ahorro y Préstamo.

- Casas de cambio (como actividad auxiliar del crédito).
- C) En el del mercado de valores operan:
- Bolsas de valores.
  - Instituciones para el depósito de valores.
  - Casas de bolsa.
  - Especialistas bursátiles.
  - Sociedades de Inversión.
  - Sociedades operadoras de sociedades de inversión.
- D) El sistema asegurador comprende:
- Instituciones de seguros.
  - Sociedades mutualistas de seguros.

Con la apertura comercial se infiere un aumento de la participación de Instituciones de crédito extranjeras, sea a través de sucursales o de oficinas de representación en el país.

#### a) ORGANISMOS RECTORES

Por operar con recursos que no son propios, a los distintos intermediarios financieros se les impone una serie de limitantes y restricciones.

La regulación y vigilancia corresponde a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, al Banco de México, y a la Comisión Nacional Bancaria, La Comisión Nacional de Valores y a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

En particular tenemos que a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público compete regular la estructura del sistema financiero y parte de las operaciones que realizan intermediarios financieros no bancarios.

Al Banco de México, la operación del sistema bancario y ciertas actividades, principalmente crediticias, propias de otros intermediarios como casas de bolsa, arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero o casas de

cambio. Su Ley reforzando lo que enuncia la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, le da el carácter de persona de derecho público con carácter autónomo a diferencia del carácter de sociedad anónima con participación mayoritaria gubernamental que conservó desde su creación en 1925 y hasta 1982. Tiene entre otros fines: regular la emisión y circulación de la moneda y billetes y procurar condiciones crediticias y cambiarias favorables a la estabilidad del poder adquisitivo del dinero, al desarrollo del sistema financiero y, en general, al sano crecimiento de la economía nacional. A éstas se agregan las de ser, centro y apoyo del sistema general de crédito, actuando como banco de bancos; banquero y agente financiero del Gobierno Federal; asesor de este último en materia económica y, particularmente financiera, así como participante en el Fondo Monetario Internacional y en otros organismos de cooperación financiera internacional o que agrupan a bancos centrales.

La regulación crediticia, como se mencionó anteriormente la ejerce a través de la realización de operaciones bancarias y de la expedición de normas de carácter general obligatorias, de manera principal para las Instituciones de Crédito y, en menor medida, para otros intermediarios financieros. A pesar de la reforma constitucional y por ende, la creación de nueva Ley, creemos que la misma contemplará y reforzará las facultades que en materia de crédito tiene.

Las Comisiones Nacional Bancaria, Nacional de Valores y Nacional de Seguros y Fianzas tienen respecto a los sectores a que están referidas, funciones de inspección y vigilancia, detentando también en diverso grado, ciertas atribuciones para instrumentar políticas y regular operaciones.

b).- INTERMEDIARIOS FINANCIEROS BANCARIOS

1.- Banco de México.

Lo mencionamos en primer lugar, porque además de organismo rector en el artículo 3o. de la Ley de Instituciones de Crédito se le incluye como integrante del sistema bancario mexicano. Como intermediario opera con las Instituciones de Crédito como banco de reserva y acreditante de última instancia, presta servicios de tesorería al Gobierno Federal, es agente financiero del propio Gobierno en el exterior y en lo interno intermedia con valores gubernamentales, establece tasas de interés, comisiones, premios, descuentos, montos, plazos y otras características de las operaciones activas, pasivas y de servicios.

## 2.- Instituciones de Crédito

Son los comúnmente llamados bancos. Creadas para prestar el servicio de banca y crédito (art. 2o. L.I.C.), se les distingue en: de banca múltiple y de desarrollo. Líneas atrás anotamos como desde comienzos del siglo se reservó la prestación del servicio de banca y crédito a sociedades. Actualmente predomina la figura de la sociedad anónima en su organización. La excepción parecieran ser las llamadas Sociedades Nacionales de Crédito, modalidad creada en la década pasada, y ahora subsistente para las Instituciones de banca de desarrollo, pero que en cuanto a organización y actividades semejan más a las citadas sociedades anónimas. Así, esta forma sui-generis nos da pauta para pensar en distinguir dos grupos en este ámbito de intermediación, por un lado, las de carácter público donde aparece el Estado como principal titular, creadas por decreto y por tanto integrantes del sector paraestatal abocadas a atender sectores específicos de la economía, y aquí contemplamos además de las Instituciones de crédito, a los fideicomisos públicos; y por otro lado, las de carácter privado, cuyo capital corresponde en su mayor parte a particulares, sujetas a la mera vigilancia de los distintos organismos reguladores. Las instituciones de banca múltiple deben constituirse como

sociedades anónimas de capital fijo de acuerdo a la Ley General de Sociedades Mercantiles, y para el ejercicio de la banca requieren previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Por la importancia que tienen se les sujeta a diversas restricciones y modalidades, desde su propio objeto, duración, conformación de su capital en cuanto a montos y tenencia accionaria individual, hasta el funcionamiento, administración y vigilancia de sus operaciones.

Las Instituciones de banca de desarrollo de acuerdo al artículo 30 de la Ley de Instituciones de Crédito son entidades de la administración pública federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito, en los términos de sus correspondientes leyes orgánicas y la propia Ley. Por su escasa participación en la captación de recursos del público se les cuestiona si realmente son intermediarios financieros, puesto que en su mayoría operan con recursos públicos, sin embargo, de acuerdo a la propia ley pueden desarrollar cualquiera de las operaciones o servicios previstos en el artículo 46 necesarios para atender el sector económico respectivo y cuentan con la posibilidad de actuar como agente financiero del Gobierno Federal. En clara consecuencia a su integración al sector paraestatal tienen igualmente sujeciones y modalidades (funcionamiento, capital, distribución del mismo, administración, etc.).

En este rubro mencionamos a NACIONAL FINANCIERA como una sociedad nacional de crédito, e Institución de banca de desarrollo, con objeto el de promover el ahorro y la inversión así como canalizar apoyos financieros y técnicos al fomento industrial y al desarrollo económico del país; además de contar con la posibilidad de actuar como agente financiero del gobierno federal y ser promotor del mercado de valores.

El apoyo a la industria lo hace, a través del otorgamiento de créditos, de la inversión accionaria, y de los fondos de fomento económicos (tanto federales como estatales).

Respecto de las operaciones de Nacional Financiera mencionamos:

- a).- Los depósitos a plazo, pagarés, y otros valores.
- b).- Aceptaciones bancarias.
- c).- Bonos bancarios de inversión obligatoria para las Instituciones de banca múltiple.
- d).- Depósitos en garantía.

### 3.- Patronato del Ahorro Nacional:

Acorde a su Ley Orgánica (D.O. 26 de Diciembre de 1986) es un organismo descentralizado del Gobierno Federal, con personalidad y patrimonio propios, integrante del sistema financiero, tiene por objeto fomentar el ahorro nacional mediante los distintos instrumentos de captación previstos en el artículo 5o. de la propia Ley. Su administración siguiendo el ejemplo de las sociedades nacionales de crédito se encomienda a un Consejo directivo y a un director general.

Se sujeta a la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria, y adicionalmente interviene la Secretaría de la Contraloría General de la Federación.

### 4.- Fideicomisos Públicos.

El artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece que el fideicomiso público es aquel que el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas poco atendidas por el crédito privado.

Se parte del supuesto de la noción del fideicomiso tradicional previsto en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, creados para fortalecer el apoyo en ciertos

sectores. El maestro Carlos Felipe Dávalos Mejía (70) distingue básicamente dos tipos: simples y fondos de fomento económico. Los primeros a su vez los denomina para encargos específicos y los subdivide en:

1).- Aquellos que se constituyen para desarrollar un proyecto municipal, estatal o federal.

2).- Aquellos creados para garantizar y proteger el nivel de vida de un cierto sector social o de la sociedad en su conjunto.

3).- Aquellos instituidos para difundir o salvaguardar un valor social.

Los fondos de fomento económico a su vez los subdivide en:

1).- Aquellos constituidos como apoyo de agentes económicos y regiones geográficas (alienados) del desarrollo del país.

2).- Aquellos establecidos como apoyo de sectores y regiones económicos, precisos o no, con posibilidad de desarrollo, pero sin capacidad de autofinanciamiento.

Ambos, decíamos en su expresión jurídica son fideicomisos públicos, no cuentan con personalidad jurídica propia, y se limitan a su administración por parte de un fiduciario prevaleciendo en ellos como operación típica, el descuento en préstamos otorgados por las Instituciones de crédito con la consiguiente utilización de tasas de interés preferenciales.

El gobierno federal a semejanza de particulares afecta recursos públicos a través de Instituciones fiduciarias para satisfacer determinados objetivos de política social. A

(70) DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe, Derecho Bancario y Contratos de Crédito, T.II, 2a.edic. HARLA, S.A.de C.V., México, 1992, pp.466 y 467.

diferencia de los privados, este tipo de fideicomisos tienen como fideicomitente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y no está restringida su duración.

Desde luego no todos los fideicomisos públicos son fondos, es el caso del Fondo Nacional de la Vivienda administrado por un Instituto, el INFONAVIT que goza de personalidad jurídica y patrimonio propio.

Destacan por su importancia: el FIRA en relación a la agricultura, el Fondo de Operación y Descuento Bancario a la Vivienda, el Fondo de Equipamiento Industrial, como fondos donde Banco de México es fiduciario. Nacional Financiera representa a la otra gran fiduciaria, comprende fondos federales, estatales e incluso municipales. Es común cuestionar el porque no se fusionan con su respectivo fiduciario para evitar burocratismo y exceso de personal.

C).- INTERMEDIARIOS FINANCIEROS NO BANCARIOS.

Aquí englobamos al resto de los intermediarios financieros, y ello por mero didactismo, pues ahora una clara distinción de todos los intermediarios financieros en cuanto a operaciones, es cada vez más difícil, máxime con su integración a grupos financieros donde convergen en la prestación de operaciones y servicios. Primeramente señalamos a los considerados auxiliares del crédito, posteriormente a los del mercado de valores y finalmente a seguros y fianzas.

Como características casi genéricas a ellos mencionamos:

- A).- Deben constituirse como sociedades anónimas.
- B).- Requieren autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, salvo las uniones de crédito que la obtienen de la Comisión Nacional Bancaria.
- C).- De duración indefinida.
- D).- Hay límites en cuanto a su capital, en su monto y - suscripción.
- E).- Cualquier reforma a sus estatutos requiere autoriza

ción.

### 1.- Almacenes Generales de Depósito.

Integrante del sector auxiliar del crédito, complementan operaciones financieras. Tienen por objeto el almacenamiento, guarda o conservación de bienes o mercancías y la expedición de certificados de depósitos y bonos de prenda.

Se distinguen dos tipos:

- a).- Aquellos que llamaríamos genéricos pues reciben toda clase de mercancías, sean nacionales o extranjeros, y
- b).- Aquellos facultados para recibir mercancías destinadas al depósito fiscal (art. 12 de L.G.O.A.A.C.).

De acuerdo con la ley de la materia tienen en exclusiva la expedición de certificados de depósito y bonos de prenda.

### 2.- Uniones de crédito.

De igual manera que el anterior su actividad es auxiliar del crédito, constituidas como sociedades anónimas de capital variable requiriendo para su operación de concesión de la Comisión Nacional Bancaria, la forman por lo menos veinte socios, pueden operar en el ramo agropecuario, industrial, comercial o mixtas si comprenden dos o más de dichas actividades. Dentro de sus actividades principales, están la de facilitar crédito, otorgar garantías o avales, recibir préstamos, realizar operaciones de descuento, de depósito, exclusivamente de sus socios, por ende, el campo de su actividad en su mayor parte se limita o concreta a los mismos, aunque ahora ya no simplemente a una región.

### 3.- Arrendadoras Financieras.

Previstas originalmente en una ley fiscal, de reciente envergadura, surgen por primera vez en legislación específica en 1981 como organización auxiliar del crédito. Intervienen en el financiamiento mediante la entrega de maquinaria y

equipo, la renta que se paga equivale a la amortización del crédito. Este tipo de instituciones mediante contratos de arrendamiento se obligan a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal a plazos forzosos a diversas personas a cambio de pagos parciales por una cantidad que cubre el costo de adquisición de dichos bienes y gastos de operación, con la modalidad de adoptar por parte del arrendatario cualquiera de las siguientes opciones terminales: comprar el bien a un precio inferior al del mercado, prorrogar el plazo de uso o goce mediante el pago de una renta menor o participar en el producto de la venta del bien.

#### 4.- Empresas de Factoraje Financiero.

De formación legal reciente, de hecho las operaciones que realizan en sí son la compra de carteras de crédito con descuento. De acuerdo con la ley de la materia es una organización auxiliar del crédito, para su operación requieren autorización. Celebran el contrato de factoraje por el que compran a personas dedicadas a actividades empresariales derechos de crédito derivados de la proveeduría de bienes y servicios. Es opcional si el cliente se obliga solidariamente con el deudor, por esto, sólo pueden ser objeto de este contrato derechos de crédito no vencidos, además debe garantizarse la existencia y legitimidad de los mismos, al igual que las otras instituciones auxiliares sus créditos están sujetos a las reglas de carácter general expedidas por Banco de México, y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público les clasifica sus activos y pasivos.

#### 5.- Casas de Cambio.

Son sociedades anónimas que efectúan una actividad auxiliar del crédito consistente en la realización en forma habitual y profesional de compra, venta y cambio de divisas, billetes y piezas metálicas nacionales o extranjeras que no

tengan curso legal en el país de su emisión, de onzas troy, de piezas metálicas conmemorativas acuñadas en forma de moneda. Requieren para operar autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y estar constituidas como sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros, y por este carácter para la transmisión de sus acciones se requiere la previa aprobación de la aludida Secretaría.

#### 6.- Sociedades de Ahorro y Préstamo.

De reconocimiento legal reciente (diciembre de 1991), su antecedente es la caja de ahorro, de naturaleza peculiar, pues a diferencia de las anteriores, es una sociedad de personas aplicándosele supletoriamente las reglas de las sociedades de responsabilidad limitada, no persiguen fines de lucro. Las Reglas Generales para la Organización y Funcionamiento de estas sociedades publicadas el 15 de julio de 1992 en el D.O. de la Federación establecen la libre admisión y salida de socios, la no persecución de lucro y sí el mejoramiento social y económico de sus integrantes. Deben constituirse ante notario, previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, pueden ser socios personas físicas o morales, éstas consideradas como micro y pequeñas industrias, su capital social se integra por partes sociales indivisibles las cuales no podrán cederse o transmitirse por herencia y de darse este supuesto se entregarán a sus beneficiarios el importe respectivo; y en otro supuesto de transmisión deberá acordarse así por el Consejo de Administración. En cuanto a operaciones pueden recibir depósitos de dinero de sus socios, de menores dependientes económicamente de ellos, otorgar créditos a sus socios, obligarse frente a terceros por cuenta de sus socios.

#### 7.- Bolsa de Valores.

De acuerdo a nuestro derecho, es una sociedad anónima de capital variable que tiene por objeto facilitar las transac--

ciones con valores, socios de ella sólo pueden ser las casas de bolsa. Para procurar el desarrollo del respectivo mercado requiere establecer locales, instalaciones y mecanismos que faciliten las operaciones de valores, entre ellos, el salón de remates donde cada casa de bolsa cuenta con cabinas para transmitir sus órdenes. Asimismo proporciona información a los inversionistas sobre los valores inscritos, sus emisores y las operaciones que realizan. En ella, se realizan físicamente las distintas operaciones que pueden ser órdenes en firme (a través de ellas se realizan operaciones a precio fijo), de viva voz (cuando el agente de bolsa u operador de piso lleva una orden de compra o venta), operaciones cruzadas (cuando el mismo agente lleva una operación de compra y otra de venta), operación de registro - (cuando una emisora nueva es colocada en la Bolsa), operación de cama (operación en firme con opción de compra o venta, con cierto margen de fluctuación).

#### 8.- Instituciones para el Depósito de Valores.

El objeto de las mismas es prestar servicios de guarda, administración, compensación, liquidación y transferencia de valores, para evitar la transmisión física y pérdida de los mismos. Esto ha dado pauta para cuestionar uno de los principios de los títulos de crédito: la incorporación, porque para tener el derecho no es necesario poseer el título.

#### 9.- Casas de bolsa.

Son sociedades anónimas inscritas en la sección de Intermediarios del Registro Nacional de Valores e Intermediarios, que actúan como intermediarios en operaciones con valores.

La inscripción le da la calidad de casa de bolsa, al igual que otros intermediarios tiene varias limitaciones,

tanto en la suscripción de su capital como en su administración toda vez que la mayoría de sus funcionarios y apoderados deben contar con la autorización de la Comisión Nacional de Valores y se les obliga a adquirir una acción de la bolsa de valores. En cuanto a operaciones, actúan como intermediarios en el mercado de valores, pueden recibir fondos por concepto de las operaciones con valores que se les encomienden, prestan asesoría en la materia, administran reservas para fondos de pensiones y jubilaciones de personal, así como las reservas de primas de antigüedad, entre otras.

#### 10.- Especialistas bursátiles.

Al igual que las anteriores, son intermediarios en el mercado de valores, pero por cuenta propia y respecto de los valores registrados en la bolsa de que son socios. Únicamente podrán contratar con casas de bolsa, otros especialistas bursátiles y con el público inversionista cuando así lo autorice la Comisión Nacional de Valores. Respecto a operaciones, algunas de ellas están reglamentadas por disposiciones de Banco de México, como el recibir créditos de instituciones de crédito para la realización de sus actividades; otras, por disposiciones de la Comisión Nacional de Valores como la realización de operación por cuenta propia respecto de los valores en que sean especialistas.

#### 11.- Sociedades de Inversión.

Son sociedades anónimas que tienen por objeto la adquisición de valores y documentos seleccionados de acuerdo al criterio de diversificación de riesgos, con recursos provenientes de la colocación de las acciones representativas de su capital social entre el público inversionista.

Para su funcionamiento requieren de autorización de la Comisión Nacional de Valores, su objeto es fortalecer el mercado de valores permitiendo el acceso al pequeño y mediano inversionista. En cuanto a sus acciones no existe el

derecho de preferencia previsto en el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y la propia sociedad puede adquirir temporalmente sus acciones.

La Ley de Sociedades de Inversiones establece tres tipos:

- a) comunes
- b) de renta fija, y
- c) de capitales.

Las dos primeras sólo pueden operar con valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios mientras que la tercera no necesariamente.

Las comunes operan con valores y documentos de renta variable o fija, las segundas con éstos últimos, y las terceras lo hacen con valores que no cotizan en la Bolsa de valores pero que tienen el atractivo de inversión en negocios nuevos.

Deben estar administradas por una sociedad operadora de sociedades de inversión.

#### 12.- Sociedades Operadoras de Sociedades de Inversión.

Este tipo de sociedades tienen por objeto la prestación de servicios de administración a sociedades de inversión, así como la distribución y recompra de sus acciones.

Pueden ser casas de bolsa e instituciones de crédito requiriendo en ambos casos previa autorización de la Comisión Nacional de Valores. Por tanto, en esta materia a las instituciones de Crédito se les sujeta a la inspección y Vigilancia de la Comisión Nacional de Valores.

#### 13.- Instituciones de Seguros.

Son otros de los intermediarios financieros no bancarios pues reciben recursos del público al vender sus pólizas de seguros y cobrar las primas respectivas con las cuales deben constituir las reservas previstas en la propia ley de la materia. A cambio de las primas se obligan al verificarse la

eventualidad respectiva, a resarcir el daño asegurado.

Al igual que las anteriores, deben constituirse como sociedades anónimas requiriendo concesión para su operación y entre otros ramos cubren la vida, accidentes, enfermedades, daños. Entre otras operaciones destacamos la posibilidad del reaseguro, es decir el asegurar los riesgos que las aseguradoras aseguraron, mediante su participación con otras compañías aseguradoras.

#### 14.- Sociedades Mutualistas de Seguros.

En estas sociedades, a diferencia de la anterior, su objeto social se limita a su funcionamiento como sociedad mutualista de seguros, organizadas de tal manera que la operaciones que realicen no produzcan lucro o utilidad debiendo cobrar lo indispensable para cubrir los gastos generales que se originen y para constituir las reservas necesarias para cumplir con sus respectivas obligaciones.

#### 15.- Instituciones de Fianzas.

Son sociedades anónimas concesionadas por el gobierno federal para otorgar fianzas a título oneroso que reciben recursos del público por las primas de sus pólizas, de ahí su carácter de intermediarios financieros. Garantizan por sus fiados en favor de terceros el cumplimiento de obligaciones. También deben constituir reservas para que en su oportunidad puedan cubrir sus obligaciones, además de la posibilidad de reafianzamiento, reaseguro o cofianzamiento con otras instituciones, tanto nacionales como extranjeras.

#### 16.- Sucursales de Entidades Financieras Extranjeras.

El régimen de sucursales u oficinas de entidades financieras externas ha evolucionado enormemente; antes de 1924 podían realizar operaciones sin restricciones, de 1924 a 1941 requerían autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para prestar servicios de banca y crédito

excluyendo la emisión y pago de valores emitidos por ellos. en 1941 queda la limitante para actuar como banca de depósito, opción que en 1978 se les excluyó, y en este mismo año se previó un nuevo tipo de sucursales llamadas off-shore, limitadas a bancos extranjeros de primer orden cuyas operaciones - activas y pasivas - solamente podían realizarse con residentes fuera del país. Esta posibilidad desapareció en la década pasada, para aparecer nuevamente en la actual Ley de Instituciones de Crédito aunada al establecimiento de oficinas de representación. Para los otros intermediarios, ha sido muy similar la evolución, desde la total participación pasando por su exclusión hasta la participación actual sujeta a lineamientos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Ahora, con la apertura comercial desde luego se prevee, la participación directa de intermediarios financieros extranjeros actuando por sí o en asociación con nacionales.

Una clara y eficaz prestación de servicios financieros se logra a partir de la configuración de grupos financieros, los cuales están previstos en la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras se conforman por lo menos con tres de los siguientes intermediarios: instituciones de crédito, casas de bolsa, almacenes de depósito, arrendadoras financieras, empresas de factoraje, casas de cambio, aseguradoras, afianzadoras, sociedades operadoras de sociedades de inversión y una sociedad controladora. Al asociarse pueden ofrecer de manera conjunta servicios complementarios.

Para operar como tales deben contar con autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la respectiva Comisión según los intermediarios que lo integran. La controladora tendrá el control de la administración de las empresas financieras del grupo y será propietaria por lo menos del 51% del capital de las mismas, por ello es

responsable subsidiaria e ilimitadamente de las operaciones,  
pérdidas y obligaciones de ellas.

### CAPITULO III

#### LA ACTIVIDAD NOTARIAL EN LOS ACTOS, OPERACIONES Y CONVENIOS DE LOS INTERMEDIARIOS FINANCIEROS.

En el primer capítulo de este trabajo precisamos al notario y su actividad con sus valores actuales mientras que en el segundo lo hicimos respecto de nuestro sistema financiero. Ahora corresponde vincular a ambos, enunciar como un notario puede o podría intervenir en los distintos contratos o convenios que celebren los diferentes intermediarios financieros.

Muchos son los contratos y operaciones que realizan y por ello, diversa la intervención que el notario puede o debe tener en ellos. La actuación del notario es posible siempre que haya de dar fe, de autenticar algo, de dar formalidad o de hacer constar algo, de ahí que cualquier exposición al respecto resultaría ejemplificativa.

Hemos dividido este capítulo en dos apartados, uno referido a los contratos y operaciones que los distintos intermediarios financieros realizan como cualquier tipo societario, por ejemplo, su constitución, reformas, aumentos de capital, etcétera; y el otro relativo a las operaciones que efectúan y que les dan su característica peculiar. La distinción obedece a que como lo anotamos anteriormente, la división de las operaciones que cada intermediario financiero realiza y que los distinguen respecto de los otros tiende a desaparecer. Al lado de la operación característica de cada uno de ellos, hay otras que generalmente pueden realizar los otros, y por ejemplo, entre las instituciones de crédito y las casas de bolsa la única operación reservada a los primeros es la relativa a cheques. División que también se

minimiza con la formación de grupos financieros.

Antes de entrar al estudio en sí de nuestro tema y para una mejor comprensión hacemos algunas consideraciones:

La importancia del crédito en nuestra sociedad es obvia, y por ello los distintos entes que intervienen en él adquieren una importancia mayor. De ahí que las leyes anteriores a la actual Ley de Instituciones de Crédito catalogaran a la prestación del servicio de banca y crédito como un servicio público, requiriendo concesión para la prestación del respectivo servicio. Similar situación se presentaba para seguros, fianzas, almacenes, que necesitaban autorización para operar. Por esto, en la materia de intermediación financiera hallamos una simbiosis excepcional entre el llamado derecho público y el privado. Se ha pretendido que la intermediación financiera se hace en dos planos: frente al Estado y frente a los particulares. Frente al Estado en lo relativo a la autorización para funcionar a través de disposiciones de derecho público, y respecto de - - los particulares a través de normas de derecho privado para la prestación de servicios financieros en sí. A partir del derecho societario (y básicamente de la sociedad anónima) se han sacado las normas que se han adoptado para la regulación de los nuevos entes jurídicos públicos. Lo que llamaríamos el fenómeno de la publicización del derecho bancario y bursátil es reciente y consiste en la cada vez mayor ingerencia del Estado, a través de autorizaciones, expedición de normas y reglas tanto para la operación como para la prestación del servicio en sí. A través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y del Banco de México se ejerce la rectoría en el crédito, la inspección y - vigilancia del sistema financiero.

La simbiosis anotada implica tener en cuenta ambos derechos -público y privado-, pues cualquier acto de - -

intermediación financiera presenta esta vinculación, y por ejemplo, en un aumento de capital el monto y forma de suscripción lo determina la Secretaría de Hacienda y Crédito Público mientras que la asamblea en sí, el cómputo de votos y quórum se rigen por lo dispuesto en los estatutos y supletoriamente por la Ley General de Sociedades Mercantiles, e igual situación vemos en los depósitos, que además de contemplar en su normatividad a la Ley de Instituciones de Crédito debemos remitirnos a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Al entrelacionarse ambos derechos adquieren matices especiales.

#### 1.- OPERACIONES COMUNES A CUALQUIER SOCIEDAD MERCANTIL.

##### A).- Constitución.

La mayoría de los intermediarios financieros nacen de la voluntad de particulares adoptando para ello la forma societaria - en su mayoría la sociedad anónima - que la respectiva ley prevee. Se exceptúan de lo anterior las sociedades nacionales de crédito, instituciones de banca de desarrollo, los fideicomisos públicos, que se crean por decreto del Poder Ejecutivo Federal.

Respecto de los otros intermediarios, para las instituciones de crédito en su modalidad de banca múltiple se requiere estar constituida como sociedad anónima de capital fijo (art. 9 de la Ley de Instituciones de Crédito). Para las organizaciones y actividades auxiliares del crédito a saber: almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, uniones de crédito, empresas de factoraje financiero se requiere estar constituida como sociedad anónima de capital fijo o variable (arts. 8 y 82 de la LGOAAC), mientras que las sociedades de ahorro y préstamo adoptarán básicamente - - la forma de la sociedad de responsabilidad limitada de capital variable. Para los que actúan en el mercado de valores: bolsas de valores, instituciones para el depósito de

valores, casas de bolsa y especialistas bursátiles se establece la sociedad anónima y para las dos primeras deben de adoptar la modalidad de capital variable, carácter opcional para los dos últimos (arts. 17, 31, 56 de la LMV). Para las sociedades de inversión, se prevee de igual manera la sociedad anónima de capital variable (art. 9 de la Ley de Sociedades de Inversión). Respecto de las sociedades operadoras de sociedades de inversión el art. 29 de la LMV antes citada también contempla a la sociedad anónima. En lo relativo a seguros y fianzas se requiere estar constituida como sociedad anónima de capital fijo o variable (art. 29 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, y 15 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas). Finalmente para los grupos financieros se reitera la forma de la sociedad anónima.

Desde luego la constitución de las sociedades puede hacerse ante notario (art. 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), quien debe observar tanto la respectiva ley que rige al intermediario como la genérica de las sociedades mercantiles.

La mayoría de los intermediarios financieros requieren para su funcionamiento y operación de la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien la otorgará en forma discrecional al anexar y proporcionarle una serie de documentos que se imponen a tal efecto. En este punto actualmente se controvierte si realmente es autorización o una auténtica concesión, enmarcada dicha controversia en aquella que a su vez pretende hallar en la intermediación financiera en general un servicio público y no un mero "servicio de interés general". Don Ignacio Soto Sobreyra y Silva afirma: "En el caso que nos ocupa parece no ser autorización aún cuando incorrectamente de nuevo el legislador emplea este término" (71). Afirma esto por el

(71) SOTO SOBREYRA Y SILVA, Ignacio, Ley de Instituciones de Crédito. Antecedentes y Comentarios, 5a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, p. 213.

carácter de discrecionalidad que tiene la aludida Secretaría: si fuera una autorización cumplidos los requisitos no cabría mayor respuesta que la de otorgar la respectiva autorización.

Mientras, el maestro Acosta Romero expresa: "estimo que este es un cambio que en el fondo trae una posición -- pública y es totalmente explicable y me permito insistir que no es tanto cuestión de terminología, sino de las funciones de vigilancia, inspección, supervisión que ejerza el Estado sobre todos los segmentos que integran el sistema financiero mexicano"(72). En igual sentido se refiere don Francisco Borja Martínez: "es cuestión estrechamente vinculada a la doctrina económica que adopte cada país en su legisla- - - ción"(73). Por su parte, Giacomo Molle(74) nos precisa que no se trata de autorización como generalmente se le ubica, es decir como un acto que suprime una limitación sino como acto que habilita a ejercer y participar en el crédito y cuya resolución queda a discreción del organismo rector, quien considera para ello criterios de interés público e idoneidad del sujeto, entre otros.

La autorización es intransmisible y otorga la calidad de intermediario financiero, y en consecuencia lo habilita para iniciar las respectivas operaciones.

B).- Reformas Estatutarias, Fusión, Disolución y Liquidación.

Al fin y al cabo sociedades deben adaptarse a las necesidades jurídicas y económicas que se les van planteando. Por su carácter peculiar de personas morales que trafican con recursos del público es porque se les sujeta a inspección y vigilancia de organismos públicos. Y como sociedades pueden

(72) ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario, 4a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, p. 173.

(73) BORJA MARTINEZ, Francisco. El Nuevo Sistema Financiero Mexicano, Fondo de Cultura Económica, México, 1991, p.24

(74) MOLLE, Giacomo, Manual de Derecho Bancario, 2a edición (traducción de Mario Alberto Bonfantini), Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p.26

variar su estructura legal en lo interno y en lo externo. Anteriormente lo único que motivaba la intervención de entes reguladores era la modificación en lo externo, ahora, y específicamente en nuestro tema, dicha intervención se da en ambos aspectos: en lo interno respecto de la composición del capital y suscripción del mismo, pues se establecen mínimos para cada serie de acciones y se señala a las posibles personas adquirentes de las mismas, además de imponer máximos de tenencia accionaria y también en lo interno (y que obviamente repercute en lo externo) se da respecto a la administración, toda vez que la mayoría de las personas con puestos decisorios deben tener el visto bueno de la comisión vigilante respectiva. En lo externo, se refiere a la variación de elementos estructurales que pueden o no afectar a la forma de los intermediarios financieros.

De estas modificaciones podemos señalar al cambio de denominación social, del objeto social, del domicilio, del capital social. Para ello, y por aplicación de la Ley General de Sociedades Mercantiles debe convocarse a los respectivos accionistas para la celebración de la Asamblea Extraordinaria de accionistas, donde regirán los principios de la citada ley en cuanto a quórum y votación. Una vez aprobada por la asamblea la modificación respectiva debe protocolizarse ante notario y la consiguiente escritura debe ser sometida a la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. La autorización respectiva, en el caso de las instituciones de crédito, de seguros y fianzas se publicarán en el Diario Oficial de la Federación y en dos periódicos de amplia circulación del domicilio social de la institución de que se trate, para que finalmente se inscriba en el Registro Público de Comercio. En este punto se comprueba una vez más la intervención del derecho público: no basta el simple acuerdo de los accionistas o socios para que la reforma tenga efecto, adicional al requisito del permiso

de la Secretaría de Relaciones Exteriores en su caso debe contarse con la aprobación del organismo rector, incluso en algunos artículos de las leyes en cuestión se alude a los "proyectos de los acuerdos de las asambleas de accionistas" (art. 10 de la Ley para regular las Agrupaciones Financieras y 27 de la Ley de Instituciones de Crédito).

Respecto a la fusión y liquidación se necesita previa aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (o de la Comisión Nacional Bancaria en el caso de las uniones de crédito), y casi en su totalidad rigen los principios de la Ley General de Sociedades Mercantiles y en su caso de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. Las variantes son básicamente: la imposición de un liquidador, en las instituciones de crédito de banca múltiple recaerá en el -- Fideicomiso Liquidador de las Instituciones y Organizaciones Auxiliares del Crédito; en las Organizaciones Auxiliares del Crédito, casas de bolsa, sociedades de inversión será una institución de crédito; mientras que en las instituciones de seguros y fianzas lo nombrará la Secretaría de Hacienda y -- Crédito Público, con prioridad en el caso de las primeras de que recaiga tal actuación en una institución de crédito. Otra variante lo constituye el hecho de que la respectiva Comisión Nacional (sea Bancaria, de Valores o de Seguros y Fianzas) podrá solicitar la suspensión de pagos y la declaratoria de quiebra; y finalmente respecto a la posible oposición de acreedores se concreta a la obtención del pago de sus créditos, sin que suspenda el trámite respectivo. No obstante estas variantes sugerimos que se detalle más ampliamente el procedimiento de disolución y liquidación en la propia ley porque la simple remisión al derecho privado no resuelve todos los problemas, y mencionamos uno: los acreedores de instituciones de crédito son numerosos y prácticamente indeterminados y por ello los mecanismos procesales resultan ineficaces para la total protección de los intereses del público.

Mención aparte señalamos la posible transformación de -- intermediarios financieros en otros intermediarios, es decir, ¿será posible, por ejemplo, que un banco se transforme en una casa de bolsa, o viceversa? La primera respuesta sería no. Cada ley al establecer el carácter de intransmisible de la correspondiente autorización limita la actividad del intermediario y su consiguiente naturaleza, sin embargo, podría pensarse que con la aprobación de la Secretaría de Hacienda (y lo que implica, es decir, verificar que sus estatutos, objeto, capital, socios, sean acordes al tipo de intermediario pretendido) se daría el supuesto. Sin embargo, en estos momentos legalmente no es posible; pues a pesar que el artículo 227 de la Ley General de Sociedades Mercantiles - establece que las sociedades previstas en las fracciones I a V de su artículo 1 podrán adoptar cualquier otro tipo legal, en el artículo 229 de la propia ley prevee como causal de disolución la imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad, y al cambiar la autorización respectiva se reconocería la virtual incapacidad para seguir realizando su objeto, y por ello la disolución y liquidación del intermediario, con las consecuencias fiscales que podrían implicar.

Esto se refuerza en el artículo 123 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros al preveer la "transformación" de la institución de seguros sociedad anónima que ha entrado en disolución a sociedad mutualista de seguros. En lo futuro habría que tener cuidado con esta situación debido a la cada vez mayor ampliación de los servicios financieros que ofrece cada intermediario y que los hacen menos distintos.

C). - Otras Operaciones Comunes.

Entre éstas mencionamos la adquisición de los bienes

inmuebles necesarios para el cumplimiento de su objeto social, donde generalmente basta el acuerdo de la sesión del Consejo de Administración respectivo. Por tratarse finalmente de adquisición de inmueble se requiere su otorgamiento en escritura pública y posterior inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

También enunciamos la eventual protocolización de actas de asambleas de accionistas o de las sesiones del Consejo de Administración que por la naturaleza del acuerdo deba constar en escritura pública, o sencillamente porque ellos lo decidieron así. Relativo a la representación el artículo 90 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que los nombramientos de los funcionarios bancarios deberán inscribirse en el Registro Público de Comercio, previa ratificación de firmas, ante fedatario público del documento auténtico en que conste el nombramiento respectivo y habría - que agregar la aprobación respectiva. También este artículo precisa que para los poderes otorgados por las Instituciones de Crédito bastará la inserción relativa al acuerdo del Consejo de Administración o Directivo, según el caso, que haya autorizado su otorgamiento; a las facultades que en los estatutos sociales o leyes y reglamentos orgánicos se concedan al mismo consejo y a la comprobación del nombramiento de los consejeros; es decir, aparentemente basta acreditar las facultades del otorgante relevando de la obligación de acreditar la legal existencia de la sociedad poderdante, sin embargo, el artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, obliga al notario a hacer constar entre otros datos, la denominación, domicilio, duración, importe del capital social y el objeto. Disposición análoga a la citada la encontramos en el artículo 9 de la LGDAAC.

En el otorgamiento de poder con facultades para actos de administración así como para pleitos y cobranzas, en los términos de lo dispuesto por los dos primeros párrafos del

artículo 2554 del Código Civil para el Distrito Federal se comprende la facultad de otorgar, suscribir, avalar o endosar títulos de crédito. Esto en clara contradicción al artículo 9 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Esto es muy riesgoso y máxime si consideramos que algunos juzgados exigen incorrectamente a los litigantes facultades de administración así como para pleitos y cobranzas, por ello en estos casos habrá que limitar y decir que no comprenden las facultades enunciadas.

Expusimos en bloque a todos los intermediarios financieros porque la gran mayoría coincide en los aspectos analizados:

-Requieren autorización de algún organismo público para su organización y funcionamiento.

-Para obtener tal autorización es menester satisfacer ciertos requisitos que cada ley prevee, y que coinciden casi en su mayoría.

-Las autorizaciones deben de tener un medio de publicidad, principalmente destaca la del Diario Oficial de la Federación y la de los diarios de mayor circulación del domicilio del intermediario.

La remisión a la Ley General de Sociedades Mercantiles se reitera en cada ley, y se observa que tal remisión es casi ilusoria porque la primera es producto del privatismo, mientras que la intermediación financiera implica elementos públicos.

-Cada ley impone limitaciones en el capital, tanto en división, integración y suscripción como en los órganos de -- representación.

Por esto, pensamos que bien podría replantearse la elaboración de una sola ley que reglamente a todos los intermediarios financieros, una ley que englobe requisitos,

formas de operación, de capital, de administración y de vigilancia de los mismos evitándose la dificultad de la dispersión y reiteración legal.

## 2.- OPERACIONES Y SERVICIOS DE INTERMEDIACION FINANCIERA.

Ahora corresponde estudiar a las operaciones y servicios típicos a cada intermediario financiero, no vamos a ir analizando contrato por contrato, sino exclusivamente a aquellos que guardan conexión con la actividad notarial.

El grado de participación de cada intermediario en el crédito representa su punto de partida y de distinción. En cuanto a la actividad bancaria don Hermilo Herrejón Silva (75) nos precisa que lo distintivo de ella es la captación en forma habitual de recursos del público, los cuales adquieren en propiedad, para colocarlos lucrativamente y con la obligación para las instituciones de crédito de restituirlos con sus accesorios legales. Estos caracteres la distinguen de otros intermediarios que no captan recursos del público y no adquieren la propiedad de dichos recursos, en el caso, las casas de bolsa, o que están obligadas a proporcionar prestaciones distintas de aquellas que recibieron (aseguradoras y fianzas).

Como lo anotamos anteriormente, en la prestación de las distintas operaciones y servicios se entremezclan elementos de derecho público y del privado. La mayor parte de los mismos se documentan en contratos previamente elaborados que obedecen, tanto a esquemas de simplificación en la negociación como nueva forma de contratación, como a principios de política social y económica. La predisposición del legislador acaso no sea tanto la protección de la parte débil porque generalmente quien celebra alguna operación de

(75) HERREJON SILVA, Hermilo. Las Instituciones de Crédito. Un enfoque jurídico, Editorial Trillas, S.A. México, p.83

crédito no es un contratante carente de conocimientos, y máxime si consideramos a una gran empresa como contraparte.

Antes de seguir avanzando haremos una acotación relativa al porque utilizar la palabra operación en lugar de una más jurídica como la de contrato o convenio, y quien nos dilucida al respecto es Garrigues: "en efecto, toda operación bancaria puede ser considerada desde el punto de vista contable y desde el punto de vista jurídico. El primero hace referencia a la representación numérica de la relación jurídica entre el Banco y el cliente. Este es el aspecto que en la técnica jurídica bancaria es predominante. Se habla de "abrir cuenta en un Banco", y no de haber celebrado un contrato bancario... en realidad, esa relación es, indudablemente una relación jurídica y, por tanto, un contrato". (76).

Tradicionalmente se distinguen tres tipos de operaciones bancarias: activas cuando el banco deviene acreedor; pasivas cuando resulta deudor y neutras o de servicios cuando dicha operación no genera saldo a favor o en contra. Característico de ellas lo son en forma interrelacionada una operación de crédito y el banco, esto se reafirma en la Ley de Instituciones de Crédito cuando después de dar el concepto de servicio de banca y crédito enuncia que no se consideran operaciones de banca y crédito aquellas que celebren otros intermediarios financieros en el ejercicio de sus actividades, es decir, reconoce que dicho servicio no es exclusivo de los bancos, salvo el relativo a la recepción de depósitos irregulares de dinero en cuenta de cheques. Messineo nos precisa: "la calificación del contrato bancario, no se puede... partir del concepto subjetivo de banco cuando después, para definir a su vez el contrato bancario, no se puede evitar la referencia a un elemento objetivo, o sea, la

(76) GARRIGUES, Joaquín. La operación bancaria y el contrato bancario, Revista de Derecho Mercantil. Volumen XXIV, núm. 66, Octubre-Diciembre 1957, Madrid, p. 251.

intermediación en el crédito". (77)

En el artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito se contienen las operaciones que pueden realizar los bancos. De acuerdo a la clasificación tripartita tenemos como pasivas principalmente:

a).- La recepción de depósitos bancarios de dinero que pueden ser a la vista, retirables en días preestablecidos, de ahorro y a plazo o con previo aviso.

b).- La recepción de préstamos y créditos.

c).- La emisión de bonos bancarios y de obligaciones subordinadas.

d).- El redescuento de su cartera.

e).- La recepción de depósitos en administración o custodia, o en garantía por cuenta de terceros, de títulos o de valores y en general de documentos mercantiles.

Y como activas:

f).- Efectuar descuentos y otorgar préstamos o créditos.

g).- Expedir tarjetas de crédito con base en contratos de apertura de crédito en cuenta corriente.

h).- Asumir obligaciones por cuenta de terceros, con base en créditos concedidos, a través del otorgamiento de aceptaciones, endoso o aval de títulos de crédito, así - - como la expedición de tarjetas de crédito.

Y respecto de los servicios:

i).- Operaciones con valores.

j).- Promover la organización y transformación de toda clase de sociedades mercantiles o empresas, y suscribir y conservar acciones o partes de interés en las mismas.

k).- Operar con documentos mercantiles por cuenta propia.

(77) MESSINEO, Francisco. Caracteres Jurídicos Comunes, Concepto y Clasificación de los Contratos Bancarios. Revista de Derecho Mercantil, vol. XXIII, núm. 81, Julio-Septiembre 1961, Madrid, p. 34

- l).- Operaciones con oro, plata y divisas.
- m).- Prestar servicios de cajas de seguridad.
- n).- Practicar operaciones de fideicomisos.
- o).- Servicios de caja y tesorería.
- p).- Representaciones de tenedores de títulos de crédito, llevar libros de contabilidad y libros de actas y de registro de sociedades y empresas, desempeñar el cargo de albacea, de sindicaturaas o encargarse de la liquidación de negociaciones, realizar avalúos.

#### Depósitos Bancarios de Dinero.

El artículo 267 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito prevee que por éstos el banco recibe la propiedad del dinero depositado y dispone de él en la forma que estime conveniente, con la obligación de restituir dinero de la misma especie y calidad del que fue objeto del depósito. Por su peculiaridad de la disposición se le denomina irregular y por ello más que depósito lo clasifican como mutuo, sin embargo, el cliente tiene interés en que la institución de crédito le custodie su dinero, y este ánimo de custodia le clasifica como depósito. La distinción más clásica es aquella que los divide como depósitos a la vista y a plazo fijo. En los primeros se tiene la facultad de pedir la devolución inmediata de la totalidad o parte del dinero depositado. A su vez pueden ser a la vista en cuenta de cheques, en los cuales el depositante dispone de su dinero mediante el giro de cheques a cargo del propio banco; o depósitos de ahorro que son depósitos bancarios de dinero con interés capitalizable y se comprueban con la anotación conducente en la libreta especial proporcionada a tal efecto, la que a su vez será - - título ejecutivo en contra del banco sin necesidad de reconocimiento de firma ni otro requisito previo.

Este tipo de cuentas puede ser abierta a favor de menores de edad y sólo podrá disponerse de la misma a través de los representantes del titular. Como privilegios la ley otorga a los depósitos de ahorro que cuenten por lo menos

con un año la inembargabilidad hasta ciertas cantidades.

En los depósitos a plazo la facultad de disposición y de devolución depende del transcurso de determinado plazo.

De acuerdo al artículo 62 de la ley en comentario tales depósitos podrán estar representados por certificados que serán títulos de crédito y producirán acción ejecutiva respecto a la emisora, previo requerimiento de pago ante fedatario público. Deben expresar la mención de ser certificado de depósito bancario de dinero, la expresión del lugar y fecha en que se suscriben, el nombre y firma del emisor, la suma depositada, el tipo de interés pactado, el régimen de pago de interés, el término para retirar el depósito y el lugar de pago único. Dicho requerimiento deberá hacerse cuando es exigible la devolución, es decir, cuando el plazo pactado ha transcurrido.

#### Recepción de Préstamos y Créditos.

Pueden provenir de otras instituciones de crédito o de sus propios clientes. Para este último caso, el Banco de México establece que deben documentarse en pagarés suscritos por los propios bancos. El pagaré finalmente es un título de crédito y su falta de pago puede dar lugar al protesto. Y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 142 de la Ley de -- Títulos y Operaciones de Crédito puede ser hecho por medio de notario o de corredor público. Debe hacerse constar en el título o en hoja adherida a él. En el acta que al efecto haga el notario insertará literalmente el documento y hará constar el requerimiento de pago, el nombre de la persona con quien se entienda la diligencia y su firma o la constancia de que se negó a firmar, los motivos de la negativa de pago, la expresión del lugar, día y hora en que efectúe el protesto. Asimismo deberá retener el pagaré en su poder durante todo el día del protesto y el siguiente, pues durante ese lapso puede el suscriptor pagar su adeudo, más intereses y gastos del

requerimiento.

#### Emisión de Bonos y Obligaciones Subordinadas.

Acorda al artículo 208 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, las sociedades anónimas pueden emitir obligaciones que representan la participación individual de sus tenedores en un crédito colectivo constituido a cargo de la sociedad emisora. Dicha emisión, según lo establecido en el artículo 213 de la ley en cita, ser hecha por declaración de voluntad de la sociedad emisora en acta ante notario. Respecto a las instituciones de crédito, la ley respectiva precisa en sus artículos 63 y 64 que los bonos bancarios, al igual que las obligaciones subordinadas y sus respectivos cupones serán títulos de crédito a cargo de la institución emisora y producirán acción ejecutiva respecto a la misma previo requerimiento de pago ante fedatario público. Ambos se emitirán en serie mediante declaración unilateral de voluntad hecha constar en acta ante la Comisión Nacional Bancaria; desde luego dicha acta ya no es notarial como cuando los bonos bancarios eran emitidos por sociedades anónimas. El argumento esgrimido de tal cambio fue estrictamente económico, en claro sacrificio de la seguridad.

#### Apertura de Crédito.

En este contrato, el banco (acreditante) se obliga con el cliente (acreditado) a poner a su disposición una suma de dinero o a contraer una obligación por él quedando el acreditado obligado a restituir la mencionada suma o el pago de las obligaciones en el término pactado. Puede ser simple si el crédito concluye cuando se dispone de él, o en cuenta corriente si tiene derecho a hacer remesas y disposiciones antes de la liquidación. Difiere del simple préstamo, porque éste es un contrato de carácter real por el que el prestatario se obliga a devolver un capital que ha recibido, y en el caso se obliga al Banco a poner a disposición ciertos

fondos del acreditado. La disponibilidad variará según se hubiere previsto en el contrato respectivo, puede ser mediante la entrega en efectivo o en pago de cheques. Hasta aquí realmente no existe o tiene cabida la intervención notarial, sin embargo, por la seguridad que debe privar en las transacciones, generalmente la institución de crédito exige determinadas garantías y una de ellas puede ser de hipoteca, y por tanto, la formalización de la imposición del gravamen requiere escritura pública.

#### Descuentos.

Es un contrato por el cual una institución de crédito -- entrega a su cliente el importe de un crédito no vencido. El banco en su oportunidad descontará o deducirá los gastos de operación respectivos, entre ellos el interés por el plazo que media hacia el cobro y la comisión.

El descuento más usual es el cambiario, es decir, el de las letras de cambio, aunque pueden descontarse otros créditos o títulos. Y según Garrigues: "el endoso constituye el instrumento jurídico del descuento, siendo la pieza esencial de la operación"(78). El endoso, según el -- artículo 29 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, debe constar en el documento mismo o en hoja adherida a él y llevar entre otros requisitos, la firma del -- endosante o de quien suscriba el endoso a su ruego, y en el artículo 86 de la propia ley se establece que si no se sabe o no puede firmar, firmará otra persona a su ruego, en fe de lo cual firmar también un corredor público, un notario o cualquier otro funcionario que tenga fe pública.

La institución de crédito, en principio, carece de obligaciones, sin embargo, como adquirente debe intentar

(78) GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, tomo II, Editorial Porrúa, S.A., México, 1964, p. 175.

cobrar el título a su vencimiento, presentándolo al cobro y protesto, salvo que se le hubiera exonerado de tal requisito.

Similar operación es el redescuento, efectuado por un banco a otro, respecto de un título que previamente ha sido descontado por el último, para regular su liquidez monetaria.

#### Créditos de Habilitación o Avío y Refaccionarios.

Los primeros son créditos que se pueden conceptuar como contratos de apertura de crédito en los cuales el acreditante o aviador pone a disposición del acreditado o aviado una suma de dinero, que deberá invertir en la adquisición de las materias primas y materiales, y en el pago de los jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de su empresa. Tienen como garantía las materias primas y materiales adquiridos, y también los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito. Dicho crédito se concede para el fomento de la producción, o sea para proporcionar los elementos indispensables para ello.

Mientras que el refaccionario, también documentado como apertura de crédito en la cual el acreditante o refaccionador pone a disposición del acreditado o refaccionado una suma de dinero, obligándose a invertir la misma en la adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza, abonos, ganado o animales de cría, en la realización de plantaciones o cultivos cíclicos o permanentes; en la apertura de tierras para el cultivo, en la compra o instalación de maquinarias y en la construcción o realización de obras materiales necesarias para el fomento de la empresa del acreditado. También podrá aplicarse para pagos de pasivos derivados de responsabilidades fiscales o de créditos utilizados en el año anterior de la celebración del contrato.

Tienen como garantía la finca, construcciones o bienes - adquiridos con el crédito y los frutos o productos

pendientes.

Además, las hipotecas constituidas en favor de instituciones de crédito sobre la unidad completa de la empresa deberán comprender la concesión o autorización respectiva así como los elementos materiales, muebles e inmuebles afectos a la explotación.

A dichos créditos se les da un grado más amplio de preferencia; en primer lugar serían los de avío, en segundo los refaccionarios aún antes de los hipotecarios no inscritos.

En cuanto a formalidades genéricamente se prevee su consignación en contrato privado firmado por triplicado ante dos testigos y con ratificación ante el encargado del Registro Público respectivo mientras que en el artículo 66 de la Ley de Instituciones de Crédito deja a la discreción y comodidad de las partes dicha formalización, que a su vez puede constar en póliza ante corredor público, en escritura pública o en contrato privado firmado por triplicado ante dos testigos y ratificado ante notario.

#### Servicio de Cajas de Seguridad.

Este servicio implica para el usuario, mediante el pago de una determinada prestación, disponer del uso de una caja de seguridad para guardar en ella ciertos objetos. Normalmente dichas cajas se encuentran en lugares incorporados al edificio donde se ubican las propias instalaciones del intermediario.

Generalmente contiene una cerradura que se abre con una doble llave, una de ellas en posesión del usuario y otra del banco, quien debe permitir el uso y goce de la caja a determinadas horas. La institución responde de la integridad de las cajas y no del contenido, pues éste no se le entrega, por ello, desde luego se trata de un contrato de

arrendamiento y no de depósito.

En caso de falta de pago de la contraprestación pactada o al término del contrato respectivo se podrá proceder ante notario público a la apertura y desocupación de la caja, quién levantará el respectivo inventario. Aquí si podrá pensarse en una custodia de lo resultante y por ello de un eventual depósito.

#### Fideicomisos.

En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

Representa uno de los servicios más importantes que llevan a cabo las instituciones de crédito por su enorme flexibilidad, pues pueden ser objeto del mismo toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular. Con la afectación de los bienes en fideicomiso se constituye un patrimonio autónomo, porque sale del patrimonio del fideicomitente y no se confunde con el del fiduciario o el del fideicomisario, si bien todos ellos tienen derechos y obligaciones derivados de esta operación. Aunque el fiduciario no es propietario, acorde al artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ejerce todos los derechos y acciones conducentes para cumplir el fideicomiso, a través de sus delegados fiduciarios.

Puede constituirse por acto entre vivos o por testamento. Su constitución debe constar siempre por escrito y ajustarse a los términos del derecho común sobre transmisión de los derechos o de propiedad del objeto del fideicomiso, por ello, aquellos cuyo objeto recaiga en inmuebles deberá otorgarse en escritura pública, para su posterior inscripción en el Registro Público de la Propiedad

respectivo. Por otra parte, en aquellos fideicomisos sobre bienes muebles y en particular si se trata de créditos no negociables o de un derecho personal surtirán efectos cuando se notifique al deudor la constitución del fideicomiso, y desde luego esta notificación podrá efectuarla el notario previo requerimiento. Decíamos que el fiduciario actúa a través de delegados fiduciarios y el nombramiento de éstos debe protocolizarse y al igual que los respectivos poderes que otorguen deberán hacerse mediante escritura.

#### Otros Servicios Bancarios.

De acuerdo al artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito los bancos pueden actuar como mandatarios y comisionistas, actuar como representante común de tenedores de títulos de crédito, desempeñar el cargo de albacea, actos todos ellos que de acuerdo a la legislación común respectiva necesitan otorgarse en escritura.

Respecto de las operaciones de otros intermediarios financieros:

En cuanto a los Almacenes Generales de Depósito encargados del almacenamiento, guarda o conservación de bienes o mercancías y la consiguiente expedición de certificados de depósito y bonos de prenda prácticamente no hallamos intervención notarial. Por lo que se refiere a las arrendadoras financieras, previstas en el capítulo II de la LGOAAC, básicamente realizan el arrendamiento financiero de bienes, definido en el artículo 25 de la ley en comentario. En el fondo se trata de un contrato por el cual se concede el uso y disfrute de bienes con opción de compra, elementos ambos que lo distinguen tanto del arrendamiento puro como de la compraventa.

Dichos contratos deberán otorgarse por escrito y ratificarse ante la fe de notario público, corredor titulado o cualquier otro fedatario público y podrán inscribirse en el

Registro Público de Comercio a solicitud de los contratantes sin perjuicio de hacerlo en otros registros que las leyes determinen. Objeto del mismo pueden ser inmuebles y en este caso, la formalidad de la escritura será necesaria.

Las opciones terminales por las cuales el arrendatario debe decidirse son:

a).- La compra del bien a un precio inferior a su valor de adquisición.

b).- La prórroga del plazo del contrato pagando una cantidad menor de renta, y

c).- La participación en el producto de la venta.

Desde la celebración del contrato podrá pactarse la obligación de la arrendataria de adoptar alguna de ellas y la arrendadora no podrá oponerse al ejercicio de dicha opción, sin embargo, tal prerrogativa no es concluyente puesto que en la propia ley se precisa el supuesto del pago de daños y perjuicios en caso de incumplimiento.

La arrendataria deberá notificar por escrito con una anticipación de un mes al del vencimiento del contrato la opción que ejercerá. Asimismo está obligada a conservar los bienes en el estado que les permita el uso normal y proporcionarles mantenimiento. En los casos de despojo, perturbación o cualquier acto de tercero que afecten el uso o goce, su posesión o propiedad, debe ejercitar las acciones correspondientes y además notificar a la arrendadora a más tardar al tercer día hábil siguiente al que tenga conocimiento de tales actos. En ambos supuestos de notificación creemos que no hay impedimento legal para que la efectúe algún notario.

Cuando las arrendadoras adquieren por adjudicación o por cualquier título, inmuebles no destinados a sus oficinas deberán proceder a su venta en un plazo de dos años pudiendo

este plazo ser prorrogado por la Comisión Nacional Bancaria cuando se dificulte la venta.

Operaciones de sociedades de ahorro y préstamos.

Siendo su objeto la captación de recursos exclusivamente de sus socios y la posterior colocación de ellos en los propios socios o en inversiones en beneficio mayoritario de los mismos, sus operaciones están delimitadas por reglas emitidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Operaciones de las Uniones de Crédito.

De acuerdo al artículo 40 de la LGOAC podrán: facilitar el uso del crédito a sus socios y prestar su garantía o aval en los créditos que contraten sus socios; recibir exclusivamente de sus socios préstamos a títulos onerosos, - al igual que de instituciones de crédito, compañías de seguros, de fianzas, de otras uniones de crédito así como de sus proveedores a un plazo no mayor de ciento ochenta días y renovable por una sola vez; practicar con sus socios operaciones de descuentos, préstamos y créditos de toda clase, entre ellos de habilitación o avío que pueden otorgarse a un plazo de tres años y si se formalizan mediante apertura de crédito en cuenta corriente dicho plazo podrá ser hasta de cinco años. Respecto a los créditos refaccionarios podrán otorgarse hasta un plazo de quince años, y cuando ambos créditos sean complementarios y se formalicen en el mismo instrumento sus plazos podrán ampliarse.

En el contrato respectivo el acreditante se reservará el derecho de negociar, afectar en garantía o endosar a entidades financieras del país los títulos que expida el acreditado y se obligará a rescatarlos a medida que se vayan haciendo los reembolsos del crédito. En líneas atrás precisamos que el otorgamiento de dichos créditos podrían otorgarse ante notario. Y al igual que las arrendadoras financieras, según vimos, cuando adquieran bienes inmuebles

por adjudicación en remate o por pago de deudas deberán enajenarlos en un plazo de dos años, plazo que podrá ser ampliado por la Comisión Nacional Bancaria.

#### Factoraje Financiero.

Las empresas de factoraje financiero podrán entre otras operaciones: celebrar contratos de factoraje financiero, obtener préstamos y créditos de instituciones de crédito y de seguros, descontar, dar en prenda o negociar en cualquier forma los derechos de crédito provenientes de los contratos de factoraje, adquirir bienes inmuebles destinados a sus oficinas.

Por el contrato de factoraje la empresa conviene con el cliente en adquirir derechos de crédito que éste tenga a su favor por un precio determinado o determinable, y sólo podrán ser objeto del mismo los créditos no vencidos que se encuentren documentados en facturas, contrarrecibos, títulos de crédito o cualquier otro documento, denominado en moneda nacional o extranjera, que acrediten la existencia de dichos derechos y que a su vez sean resultado de la proveeduría de bienes, de servicios o de ambos. Los clientes estarán obligados a garantizar la existencia y la legitimidad de los derechos de crédito al tiempo de celebrarse el contrato, sin embargo, podrá establecerse que aquellos no queden obligados a responder por el pago, o en caso de haberse obligado solidariamente con el deudor a responder del pago puntual y oportuno podrán suscribir a la orden de la empresa de factoraje pagarés no negociables por el importe total de las obligaciones asumidas por ellos, haciéndose constar en dichos títulos su procedencia.

La transmisión de los derechos surtirá efectos frente a terceros desde la fecha en que haya sido notificada al deudor. La referida notificación podrá ser realizada por fedatario público en el domicilio del deudor señalado en el

documento donde conste el crédito.

Cuando adquieran inmuebles por adjudicaciones deberán proceder a su venta en un plazo de dos años.

#### La Contratación Bursátil.

El mercado de valores se caracteriza por la gran innovación de los instrumentos que en él se negocian, sobretodo por la competencia que priva respecto de los intermediarios financieros por atraer hacia ellos la mayoría de los recursos del público. Es frecuente oír hablar de nuevos instrumentos de captación que incluso a veces caen en la ilicitud o que salen del esquema jurídico tradicional, pero que crean usos mercantiles, los cuales a su vez están -- reconocidos como legislación supletoria con lo cual se integran a la legalidad. Si en la regulación de la integración y funcionamiento de los intermediarios financieros encontramos múltiples derogaciones a preceptos considerados tradicionalmente básicos de las sociedades mercantiles, en este tema bursátil aún son mayores. A título de ejemplo mencionamos la derogación al principio de los títulos de crédito que los conceptúa como los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna, puesto que en esta materia muchos de esos títulos, considerados por su emisión en serie o en masa como valores, nunca los llega a poseer su titular quedando desde su emisión en depósitos administrativos en instituciones creadas para ello o en el Banco de México. También en esta materia hemos de reconocer el alcance de la informática como nueva forma de negociar, a través de simples cambios en los registros electrónicos se comercializan enormes cantidades de dinero, sin necesidad de la presencia física de los documentos y desde luego del consiguiente endoso bastando simples constancias de propiedad.

En este mercado es definitivamente cada vez menos

frecuente el documento, la mayoría de los contratos son consensuales y cuando la ley prevé la forma escrita remite a los machotes previamente aprobados por algún órgano público rector o regulador respectivo y la autonomía de la voluntad opera en forma muy limitada.

Las casas de bolsa y los especialistas bursátiles entre otras operaciones pueden actuar como intermediarios en el mercado de valores, recibir préstamos o créditos de otros intermediarios, conceder préstamos o créditos para la adquisición de valores con garantía de los mismos, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 90 de la Ley del Mercado de Valores sus operaciones se regirán por las previsiones contenidas en los contratos de intermediación bursátil que al efecto celebren por escrito.

En cualquier caso, deberá existir un mandato o poder de representación que legitime al intermediario para disponer de los títulos que correspondan a sus clientes. El propio artículo 90 establece que dicho poder no será necesario que se otorgue en escritura pública, dejando en consecuencia abierta la posibilidad de que si el cliente así lo considera lo otorgue ante notario. Posibilidad prácticamente única de intervención notarial.

En este mercado se negocian diversidad de títulos, sean públicos o privados como acciones, obligaciones, aceptaciones bancarias, papel comercial, pagarés empresariales bursátiles, "CETES", "PAGAFES", "BONDES", etcétera, que a su vez constituyen el objeto de oferta pública e intermediación, debiendo previamente estar inscritos en la sección de valores del Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

#### Operaciones de Aseguradoras y Afianzadoras.

Las operaciones de las instituciones de seguros y fianzas presentan gran similitud por ello las exponemos en

forma conjunta.

Las instituciones de seguros entre otras operaciones pueden realizar las de seguro, reaseguro y reafianzamiento, recibir títulos en descuento y redescuento a otros intermediarios, otorgar préstamos o créditos, adquirir, construir y administrar viviendas de interés social e inmuebles urbanos de productos regulares y adquirir los inmuebles necesarios para la realización de su objeto social.

El contrato de seguro es aquel por el cual el asegurador se obliga, mediante la percepción de una prima frente al asegurado a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista. Para fines de prueba, dicho contrato así como sus adiciones y reformas se hará constar por escrito en un documento denominado póliza, la que de acuerdo con el artículo 19 de la Ley sobre el Contrato de Seguro es un elemento de prueba, por tanto no esencial. En la misma se hará constar entre otros datos los nombres, domicilios de los contratantes y firma de la empresa aseguradora; la designación de la cosa o persona asegurada, el riesgo, monto de la garantía, la prima respectiva y las demás cláusulas que por imperativo legal deban incluirse además de las convenidas lícitamente por los contratantes. El asegurado está obligado a declarar por escrito todos los hechos que sean importantes para la apreciación del correspondiente riesgo y que influyan en las condiciones convenidas, y cualquier omisión o inexacta declaración faculta a la empresa para rescindir el contrato, en este caso la aseguradora comunicará en forma auténtica al asegurado la rescisión del contrato dentro de los quince días siguientes a la fecha en que el mismo asegurador conozca de la omisión o inexacta declaración.

Asimismo y de acuerdo con el artículo 63 de la Ley en cita también la empresa estará facultada para rescindir el

contrato cuando por hechos del asegurado se agraven circunstancias esenciales que por su naturaleza debieron modificar el riesgo y nuevamente se le impone la obligación de notificar al asegurado la respectiva rescisión. Toda vez que la ley no precisa el tipo de notificación a realizarse, la misma podría ser llevada a cabo por un notario.

Dentro de las otras operaciones que pueden tener vinculación con el notariado estaría la adquisición y enajenación de inmuebles y para ello deben sujetarse a las disposiciones que dicte la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. Se les impone también la obligación de enajenar los inmuebles que hubieren adquirido con motivo por la adjudicación en remate o en pago de adeudos a su favor, contando con un plazo de dos años si se trata de inmuebles urbanos y de tres si son rústicos. Similares disposiciones rigen a las sociedades mutualistas de seguros.

Y por último, en cuanto a las instituciones de fianzas, como su nombre lo indica su objeto es el otorgar fianzas a título oneroso y de acuerdo a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 14 de julio de 1993, a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas se adicionó el artículo 16 para precisarle las operaciones que pueden realizar y entre ellas se destacan por su posible participación del notario la adquisición, construcción y administración de viviendas de interés social e inmuebles urbanos de productos regulares; la adquisición de los inmuebles necesarios para la realización de su objeto social, el otorgamiento de préstamos o créditos y la posibilidad de actuar como institución fiduciaria sólo en el caso de fideicomisos de garantía en que se afecte recursos relacionados con las pólizas de fianza que expidan, como excepción a lo dispuesto en el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Otro supuesto de intervención notarial se precisa en el

artículo 31 de la Ley en comentario al requerir que las firmas de los funcionarios que suscriban constancias necesarias para la tildación de las afectaciones marginales asentadas en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio respectivo, deberán ratificarse ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, notario o corredor público.

Otro supuesto de intervención es en el procedimiento para el cobro de fianzas y sus accesorios ante el incumplimiento del afianzado. Acorde al artículo 125 de la ley en cita la institución tiene entre otras opciones la de hacer vender el inmueble garantizado notificando al propietario de los bienes el inicio de tal procedimiento mediante carta certificada con acuse de recibo, a través de un notario o corredor público o en vía de jurisdicción voluntaria y también se les impone la limitante de enajenar los inmuebles que hubiere adquirido en virtud de adjudicación o remate en los plazos ya señalados para el caso de las aseguradoras.

Como anotamos al inicio de este capítulo, la intervención notarial puede ser bastante amplia partiendo del supuesto de la autonomía de la voluntad de las partes, limitada en consecuencia por disposiciones de carácter público señaladas en la legislación respectiva. A pesar de las reiteradas remisiones a la Ley General de Sociedades Mercantiles y a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito como legislación supletoria vemos que en ocasiones tal remisión no deja de ser mero espejismo porque la mayoría de las disposiciones que se establecen en estas leyes que llamaríamos financieras preceptúan supuestos que contradicen a las anteriores, por ello sería buena opción tratar de elaborar una ley o un código que regule a los distintos intermediarios financieros y sus distintas operaciones, evitando la dispersidad y reiteración constante de disposiciones legales. De un análisis somero de cada ley

financiera obtenemos que hay muchos elementos comunes; para la constitución, reformas y modificación de los intermediarios financieros se requiere previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en su mayoría, en la integración y suscripción de su capital se impone límites máximos de tenencia, tanto en el aspecto cuantitativo como cualitativo; en cuanto a los órganos de administración generalmente el nombramiento de los funcionarios con alto nivel decisorio en los intermediarios requieren obtener el visto bueno de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a través de sus distintas comisiones. Y respecto a sus operaciones la mayoría de los intermediarios financieros -- difieren o se distinguen entre sí de la operación básica que se le atribuye a cada uno de ellos, pero respecto a las otras operaciones que pueden realizar generalmente son coincidentes. Baste considerar las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 14 de julio de 1993 relativas a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y a la Ley General de Sociedades Mutualistas y de Seguros que prácticamente homologan a las actividades de ambas.

La mayor parte de sus contratos se formalizan mediante formatos elaborados bajo las reglas generales que expida la correspondiente comisión reguladora.

El paso inicial podría plantearse a partir de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- La institución notarial, por su propia naturaleza, consejera, conformadora y legalizadora deviene concomitante y necesaria en sociedades que tienen por paradigma la libertad contractual.

SEGUNDA. - La actividad notarial, por los principios de rogación y de libertad contractual aunado a la vigencia aún real del contrato, tiene un amplio ámbito: civil, familiar, mercantil, bancario, administrativo y político, entre otros.

TERCERA. - La intervención notarial en la materia comercial no es reciente, y bien podría decirse que cobra auge con el advenimiento del comerciante, es decir, en medio de transacciones comerciales.

CUARTA.- En nuestro derecho, desde la primera ley bancaria de 1897 encontramos su participación: en créditos hipotecarios, tanto en su formalización como en su ejecución; en el sorteo para el reembolso de bonos hipotecarios sin plazo fijo de amortización; en la verificación de remates; en préstamos otorgados por Bancos refaccionarios y desde luego, en la constitución de Instituciones de Crédito.

QUINTA.- En la regulación financiera se entremezclan enormemente los llamados derechos públicos y privados, por ello el notario debe estar atento ante esta simbiosis porque la remisión al derecho privado en el mayor de los casos se hace a manera de excepción.

SEXTA. - Por su importancia y papel dentro de la vida económica de la sociedad, como lo es la captación y colocación de recursos del público, a los intermediarios

financieros se les sujeta a la vigilancia y control, tanto en su estructura y funcionamiento como en sus operaciones por parte de distintas autoridades hacendarias, el Banco de México y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ésta por sí y a través de sus distintas comisiones: Bancaria, de Seguros y Fianzas y de Valores.

SEPTIMA. - Respecto a sus operaciones cada vez existe una menor distinción entre los distintos intermediarios financieros. Esto explica que la Banca especializada que caracterizó al sistema bancario mexicano desde 1941, haya sido substituida por la Banca Múltiple, que autoriza que una misma Institución pueda practicar operaciones de depósito, financieras e hipotecarias como principales y el depósito de ahorro y el fideicomiso, entre otras, como operaciones auxiliares. Más aún creo que existe una gran interdependencia lógica entre los bancos y las organizaciones auxiliares de crédito, y que no podemos desconocer la relación existente entre las operaciones financieras y las operaciones de las Instituciones de Seguros y de Fianzas. La política globalizadora que se advierte por la vida misma, seguramente habrá de trascender en el ámbito financiero.

OCTAVA.- A pesar de que en su mayoría las leyes financieras remiten a la ley General de Sociedades Mercantiles, es claro que son más las excepciones que se le aplican a esta última ley, que considerando la conclusión anterior y ésta, bien podría pensarse en un "Código Financiero" para evitar la dispersión legislativa en la materia y las múltiples disposiciones generales de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Sin embargo, la multiplicidad de las disposiciones de banca, seguros, fianzas, casas de bolsa, y demás organismos financieros, así como la movilidad o cambio

que se advierte en los campos jurídicos y económicos, hacen difícil que la idea expuesta pueda llegar a concretarse. No obstante, el pro y el contra que hemos expuesto con antelación, creemos que una meta será la unificación de disposiciones similares.

NOVENA.- No obstante que las distintas operaciones crediticias y bursátiles constan en contratos previamente elaborados denominados comúnmente "machotes", ello no representa obstáculo para que a petición de parte, el notario pueda documentar ese negocio, pues ante todo está el acuerdo de voluntades.

No desconocemos que las instituciones de crédito y bursátiles tienen competentes asesores jurídicos, pero no sería por demás que estuviera al servicio de ellos la opinión de los notarios, que por su preparación y experiencia hace presumir una asesoría eficiente y eficaz, sin detrimento de la agilidad que deben revestir las operaciones financieras.

DECIMA.- Es incuestionable la intervención notarial en los actos y operaciones de los intermediarios financieros que realizan en atención a su forma societaria, puesto que salvo algunas excepciones, la mayoría de las disposiciones financieras proveen para otorgar la concesión o autorización respectiva a sociedades organizadas bajo los supuestos de la legislación mercantil, en el caso la Ley General de Sociedades Mercantiles y por ello las distintas reformas y modificaciones que realicen requieren la intervención notarial, por así estar previstas en dicha Ley.

DECIMA PRIMERA.- Para reforzar y no dejar lugar a dudas de su intervención en la materia financiera el notario debe - - actualizarse, dejar añoranzas de su actuación y tomar

actitudes acordes a los reclamos de la sociedad para lograr la justicia y seguridad, sin olvidarse de sus valores, para que su actuación no sea considerada excesiva, costosa y lenta, pues en él puede conjugarse la seguridad con un bajo costo económico.

## BIBLIOGRAFIA

### DOCTRINA

- ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario, 4a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.
- AVILA ALVAREZ, Pedro. Estudios de Derecho Notarial. 4a. ed., Edit. Montecorvo, S.A., Madrid, 1973.
- BORJA MARTINEZ, Francisco. El Nuevo Sistema Financiero Mexicano. Fondo de Cultura Económica, México, 1991.
- BORJA MARTINEZ, Francisco. Regimen Jurídico de la banca, La Constitución Mexicana; Rectoría del Estado y Economía Mixta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Edit. Porrúa, S.A., México, 1985.
- CASTAN TOBERNAS, José, Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946.
- CHICO DE BORJA, María Elena. Historia del Colegio de Notarios 1792-1901. Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 1987.
- DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe, Derecho Bancario y Contratos de Crédito, T.II, 2a.edic, HARLA, S.A. de C.V., México, 1992.
- EMERITO GONZALEZ, Carlos. Derecho Notarial. La Ley, Sociedad Anónima. Editora e Impresora. Buenos Aires, 1971.
- GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, volumen II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, tomo II, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984.
- GARRIGUES, Joaquín, Hacia un Nuevo Derecho Mercantil. Editorial Tecnos, Madrid, 1971.
- GIMENEZ-ARNAU, Enrique. Derecho Notarial. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, España, 1976.
- GONZALEZ PALOMINO, José. Instituciones de Derecho Notarial, Tomo I. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1948
- HERREJON SILVA, Hermilo. Las Instituciones de Crédito. Un enfoque jurídico, Editorial Trillas, S.A. México, 1988.
- MOLLE, Giacomo, Manual de Derecho Bancario, 2a edición (traducción de Mario Alberto Bonfanti), Editorial Abeledo-

Perrot, Buenos Aires, 1966.

NERI, Argentino I. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973.

NUMEZ LAGOS, Rafael. Estudios de Derecho Notarial, Tomo I. Artes Gráficas Soler, Madrid, España, 1986.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Protocolos Antiguos del Archivo de Notarias. U.N.A.M., México, 1980.

PIESCHACON FONRODONA, Hermann, Elementos Para un Estudio Acerca de la Responsabilidad Notarial. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia, 1985.

ROCCO, Alfredo. Principios de Derecho Mercantil. Traducción de la Revista de Derecho Privado, Editora Nacional, S.A., México, 1981.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo III, Edit. Porrúa, México, 1989.

SOTO SOBREYRA Y SILVA, Ignacio, Ley de Instituciones de Crédito. Antecedentes y Comentarios, 5a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993.

VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Contratos Mercantiles. Edit. Porrúa, S.A., México, 1982

#### DICCIONARIOS

DIAZ BRAVO, Arturo, Diccionario Jurídico Mexicano, T. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Edit. Porrúa, S.A, México, 1985.

#### REVISTAS

AGUIRRE GODDY, Marco. Proceso y Fe Pública. Revista Internacional del Notariado, año XXXIII, No. 79, Buenos Aires, 1983.

ATHIE CARRASCO, Alejandro. "Algunos datos sobre el Notario". Revista de Derecho Notarial Mexicano, Vol. VIII, No. 25, Junio de 1964.

BURGOA, Ignacio. "Concepto que del Notario se tenía a fines del siglo XIX", Revista de Derecho Notarial, año XVII. No. 50, Marzo de 1973, México.

CHAINED, Louis. "La Autenticidad y el Notariado". Revista Internacional del Notariado, año XXXIII, No. 79, Buenos Aires, 1983.

DE ALONSO, Julia Siri García. "Ensayo sobre la responsabilidad notarial". Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, tomo 64, nos. 7,8 y 9, Julio, agosto, septiembre, 1978 Montevideo.

FRAGUAS, Ramón. "El valor social de la Institución notarial en nuestros días". Revista Internacional del Notariado, año XXI, No. 77, Buenos Aires, 1981.

ISOTTI, Arturo. "El Notario, profesional liberal". Revista Internacional del Notariado, año XXVIII, No. 75, Buenos Aires, 1979.

LAVALLE, Roberto. "Alcance y Limite del Concepto de Fe Pública". Revista Universidad de San Carlos, LVIII, No. 58, Guatemala, Sept-Dic-1962.

LOPEZ LEGAZPI, Fortino. "La crisis del derecho. Posición del notario ante ella", Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad de Sonora, Tomo I, Julio-diciembre-1975, México.

MESSINEDO, Francisco. "Caracteres Jurídicos Comunes, Concepto y Clasificación de los Contratos Bancarios". Revista de Derecho Mercantil, vol. XXXII, núm. 81, Julio-Septiembre 1961, Madrid.

MONASSIER, Bernard. "Notariado y Empresa, Reseña Histórica". Revista Internacional del Notariado, año XXXIII, No. 79, Buenos Aires, 1983.

NUMEZ LAGOS, Rafael. "Perfiles de Fe Pública"; Anuario de Derecho Civil, Tomo II, Fasc. I, enero marzo 1949, Madrid, España.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. "La forma en los actos jurídicos y en los contratos". Revista de Derecho Notarial, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., año XXII, No. 73, Diciembre, 1978 México.

ROYO MARTINEZ, Miguel. "Contratos de Adhesión". Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, VI época, nos. 7-8, Julio-Diciembre, 1959, Guatemala.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan. "El Notario y la Contratación en la Sociedad de Masas". Revista Internacional del Notariado, año XXXI, No. 77, Buenos Aires, 1981.

#### LEGISLACION

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Comercio.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Instituciones de Crédito.

Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

Ley de Sociedades de Inversión.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Ley General de Deuda Pública.

Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ley Orgánica del Banco de México.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Leyes Orgánicas de las Instituciones de Banca de Desarrollo y sus respectivos reglamentos.

Ley para regular las agrupaciones financieras.

Ley sobre el contrato de Seguro.

Ley sobre el Mercado de Valores.

Plan Nacional de Desarrollo.

Reglamento interior de la Comisión Nacional Bancaria.