

La función asesora y pericial del notario

Lic. César Eduardo Agraz

Para examinar el principio esbozado con anterioridad, recurriremos a la fundamentación o punto de vista doctrinal expuesto por los diferentes tratadistas nacionales de Derecho Notarial, mismos que a su vez apoyan sus reflexiones y conclusiones en doctrinistas extranjeros, bien sean españoles, franceses, argentinos o de otras nacionalidades, y desde luego también es ineludible partir; del principio asesor y pericial que se instituye en la propia Ley del Notariado del Estado de Jalisco. En polémicas sostenidas aún en el seno del gremio notarial, se ha venido discutiendo en cuanto a que si al notario le es dable o no, desde el punto de vista de sus funciones legales, establecer una previa censura que lo lleva incluso al impedimento y negativa de actuación directa, en el caso de autenticación o fe pública, sobre cierto tipo de actos o hechos, que las partes en un momento dado le soliciten. Si tomamos una posición simplista y consideramos al notario, como un mero receptor y autorizante de las solicitudes, requerimientos, caprichos y hasta conductas delincuenciales de las partes que solicitan sus servicios, llegaríamos a estimar que el notario puede incluso dar fe, autenticar firmas de contenidos de documentos aun cuando éstos sean instrumento, directa o indirectamente para la comisión de delitos específicos o conductas inequitativas o contraventoras de normas jurídicas; lo cual resulta enteramente inconcebible en nuestro Derecho Positivo, en el que, el notario por imperio legal, si tiene una obligación y una función como asesor jurídico precisamente porque la ley al depositar la fe pública en sus manos, lo considera un profesional del derecho, es decir, un profesionista que, sin perjuicio de obtener la licenciatura en la ciencia del Derecho, aún más, subraya la necesidad y la importancia de que el notario se conduzca como un verdadero perito orientador y asesor de las partes, puesto que las partes que recurren a él muy eventualmente van a ser a su vez, profesionales del derecho, por lo tanto, tendrá bajo el principio de la buena fe y de la amplia cultura jurídica del notario, que recibir orientaciones precisas, claras y con un sentido equitativo que no afecte sus intereses legítimos, por lo cual, también el notario asume una función protectora de los intereses sociales inspirados en el principio de equidad, y así, tenemos que el artículo 30. de la Ley del Notariado vigente, establece textualmente: "El Notario como funcionario público profesional del derecho, tiene el deber de ilustrar a las partes acerca del valor legal de los actos y hechos en que intervenga, así como las consecuencias legales de los mismos". Es claro pues, que el deber jurídico que la norma impone al notario es, de ilustrar; entiéndase en el sentido amplío de: orientar, de clarificar, de establecer los criterios con toda precisión para las partes que solicitan su servicios, en cuanto al sentido y valor que tienen los actos y hechos desde el punto de vista jurídico, en que los solicitantes requieran su intervención; es usual que las partes puedan

tener concepciones erróneas, limitadas o contrarias, en lo que pretenden o piensen de un acto jurídico determinado, y es entonces, cuando el notario disipará cualquier tipo de duda u oscuridad que se presente sobre el particular, pero cuando la norma legal transcrita, habla sobre las "consecuencias legales de los actos" podemos llegar a considerar que no es solamente la claridad y la precisión de los actos jurídicos la que incumbe al notario como asesor y perito del derecho; sino también, "los alcances", es decir las consecuencias, "hasta dónde pueden llegar" las repercusiones jurídicas en afectar el patrimonio, la seguridad jurídica, la equidad y los intereses legítimos en el sentido más general de las partes. En este sentido, el notario juega un papel regulador en lo que corresponde a un concepto de justicia, aplicada al propio instrumento notarial, puesto que al revelar esos alcances y repercusiones hasta sus últimas consecuencias de los actos, las partes podrán serena y reflexivamente, llegar a la conclusión si determinado instrumento o acto jurídico, es acorde o no, con sus intereses. Lo que por una parte impone un deber laudable para el notario público y por otra prácticamente lo ubica como un auxiliar en la administración de justicia, ya que puede decirse que de cierta manera el notario "administra justicia", a través de su asesoramiento en el instrumento público. Sin embargo, no obstante la trascendencia de la función pericial y asesora del notario, en el sistema jurídico anglosajón, no existe este deber o esta función pericial y asesora como obligación del notario, sino que se ejerce el notariado como entera libertad sin ninguna modalidad normativa u obligación sobre el particular, y es así como en éste aspecto, en su obra de Derecho Notarial, Bernardo Pérez Fernández del Castillo, editada por Editorial Porrúa, S. A., en México en 1981; primera edición página 124 nos dice textualmente:

La Ley lo considera [al notario], un profesional del Derecho. Conforme al sistema latino al que pertenece al Notario Mexicano, el Notario es una persona que ha demostrado tener los conocimientos necesarios para actuar como el profesional del derecho que conoce la ciencia jurídica. Conforme al sistema anglosajón, no es necesario que el Notario sea perito en derecho, perito y profesional del derecho, puesto que su función no es la de revisar la legalidad de los actos jurídicos que ante él se celebren, sino que únicamente dar fe de conocimiento y del otorgamiento de las firmas. El cargo del Notario puede recaer en cualquier persona mayor de edad, independientemente de su profesión u ocupación.

Por otra parte, Luis Carral y de Teresa, en su obra intitulada Derecho Notarial y Derecho Registral, primera edición de 1965, editada por Editorial Libros de México, S. A., en su página 11, nos dice sobre el particular:

Si dos personas van a celebrar un acto jurídico que consiste, por ejemplo en el otorgamiento de un préstamo hipotecario, y dejamos a esas personas a que libremente lleven a cabo su contrato, podemos estar seguros de que el mismo podría quedar viciado de muchas causas de invalidez, pues de los tres aspectos que necesariamente tienen que tomarse en consideración, o

sea los problemas referentes a los sujetos que intervienen en el acto, a los objetos que son materia de contrato, y la relación jurídica misma que entre ellos debe establecerse, con toda seguridad ninguno de los interesados tendrá la menor idea de cómo descubrirlos y precisarlos. En efecto ¿por qué el que ha de prestar un dinero ha de estar enterado de la capacidad legal de la persona a quien ha de otorgar un préstamo, ni de las facultades que esa misma parte ostenta para representar a otra sean suficientes ni si el acto que se va a ejecutar es de administración o de dominio?, etcétera.

Tampoco puede saber ese mutuante si el predio que le ofrecen en garantía es de verdad propiedad del que pretende hipotecarlo, ni si esa propiedad está debidamente registrada para surtir efectos contra terceros, o libre de gravamen, etc., también ignorará con toda seguridad, que el hecho que una persona diga que su adeudo está garantizado con su casa, no basta considerar esa garantía como la real de hipoteca y entonces se encontrará que después de haber entregado el dinero en préstamo, el acto es ineficaz, o por falta de capacidad o representación o por defecto en el título de propiedad o en la redacción y estipulación del contrato. Por eso un notario consciente y honesto, se convierte en el consejero y en el instructor de los clientes ya que han acostumbrado a no decidir nada que se relacione con sus intereses sin escuchar y seguir el prudente consejo de "su notario".

En la página 43 del autor, citando a Núñez Lagos y González Palomino, nos expresa:

... si el Notario solo fuese un fedatario y un artista de la forma, no tendría el Notariado Latino la categoría con que cuenta en que por desgracia hay la costumbre de que se lleve al Notario el contrato ya formulado por abogados y aquel se limita a convertirlo en instrumento público. Los países en que esto sucede, cuentan a veces con notarios de gran capacidad técnica y jurídica; pero como es natural, en esos lugares puede haber buenos notarios aunque no sean grandes juristas. Es pues este aspecto de la profesionalidad del notario como jurista, lo que mayor categoría le da a su actividad...

También Carral y de Teresa al citar a González Palomino, indica que los cuatro puntos fundamentales del quehacer del notario son: Primero.- La redacción del instrumento; Segundo.- Su autorización; Tercero.- Su conservación y Cuarto.- La expedición del propio instrumento. Y precisamente en el quehacer consistente en la redacción surge el tema de la competencia profesional del notario como abogado; y desde luego, además de la competencia en el conocimiento de todo el "universo jurídico", en que el notario debe estar actualizado y con un dominio pleno "prácticamente" de todas las ramas del derecho en que tradicionalmente para efectos pedagógicos, se ha dividido el Derecho en Público y Privado; porque si analizamos de cerca todos los órdenes normativos; por ejemplo, del Derecho Constitucional, del Derecho Administrativo, del Derecho Privado, etc., vamos a

encontrar diseminadas una serie de normas que imponen al notario la obligación de ceñir su conducta estrictamente a ciertos lineamientos o disposiciones de orden público, y es aquí donde la pericia del notario y su asesoramiento no solamente lo relaciona en cuanto a la guía de la voluntad con los propios clientes, sino en la concepción del marco jurídico general y multifacético de las normas que en nuestro país existen. Así por ejemplo, las prohibiciones que existen a nivel constitucional para la adquisición de bienes inmuebles, por instituciones u organizaciones de carácter eclesiástico o miembros de la jerarquía eclesiástica, de igual manera las prohibiciones para adquirir en franjas de terreno reservadas en las fronteras y en las playas para los mexicanos, nos ponen en contacto con el Derecho Constitucional fundamentalmente; en el Derecho Administrativo, los Planes y Ordenamientos de la Zona Conurbada, los Reglamentos de Obras Públicas, las Leyes Estatales de Fraccionamientos, la Ley de Asentamientos Humanos, etc., también instituyen normas que ineludiblemente el notario debe respetar y hacer que se respeten en el ejercicio de su profesión y que en algunos casos en que podemos constatarlo en determinadas consultas a los textos legales, pueden llevar, no solamente a invalidar en forma absoluta el instrumento Notarial, sino a la imposición de sanciones administrativas e incluso de carácter penal, ya la propia suspensión o en su caso privación definitiva del ejercicio Notarial.

Por otra parte, el Código Penal del Estado, al hablar de la participación directa que pueden tener los delincuentes por acción u omisión para los efectos de la sanción penal, establece ciertos grados de participación "con o sin concierto previo", del delincuente como sujeto activo; o de encubrimiento de cierto tipo de acciones delictuosas; y en estas condiciones podría configurarse precisamente un documento que al autorizarse o simplemente autentificar sus firmas, está prácticamente el notario conociendo de la consumación o posibilidad de perpetración de un delito, y sin embargo, en tales circunstancias, su actuación no puede menos que considerarse como cómplice o vinculada a la finalidad de dichas conductas antisociales, puesto que el notario por un lado conoce y por otra parte, en cierta manera "posibilita o favorece la eficacia" y la operatividad de aquellas conductas que tienden a consolidarse o a manifestarse hasta sus últimas consecuencias. Verbigracia todos los contratos que revelan objetos ilícitos o fuera del comercio como la "venta de terrenos ejidales", que atento a lo dispuesto por los artículos 52 y 53 de la Ley Federal de Reforma Agraria en los cuales se califican como jurídicamente .inexistentes, todo tipo de actos contractuales y sus consecuencias; independientemente de que ello, incida en la configuración del delito de fraude.

Por otro lado, la Ley de Fomento Agropecuario prohíbe a los notarios, así como a las autoridades judiciales o registrales la autorización de actos y trámites en los que se transmiten inmuebles que tengan como consecuencia que "surjan a la vida jurídica" "fraccionamientos" desvirtuando la función legal del minifundio al subdividirse las áreas rurales en fracciones menores a 5 hectáreas de riego o humedad o su equivalente. En tal sentido se pronuncian los artículos 66 y 67 del citado Ordenamiento Federal que a continuación, por su orden se transcribe:

Serán nulos de pleno derecho los contratos de compraventa, donación, permuta o cualquier otro acto jurídico que tenga por objeto o dé por resultado el fraccionamiento de minifundios, salvo lo dispuesto por el artículo anterior.

Los jueces, los encargados del Registro Público de la Propiedad, los Notarios Públicos y cualquier otra autoridad competente para otorgar validez, reconocer una transmisión de propiedad o registrarla, tendrán en cuenta lo prevenido en esta Ley.

Abundando en la intención de legislador estatal de institucionalizar y sancionar la nulidad de ciertos actos jurídicos en los que intervengan los Notarios del Estado, tenemos que el artículo 49 de la Ley Estatal de Fraccionamientos, condiciona a los fraccionadores, las ventas de la propiedad, usufructo o incluso la sola transmisión del uso de lotes de fraccionamientos a que SE HAYAN CONCLUIDO TOTALMENTE, las obras de urbanización determinadas para el caso, por el Departamento de Planeación y Urbanización del Estado y que los mismos hayan sido APROBADOS POR EL AYUNTAMIENTO, así como recibidos en acta pormenorizada ante Notario Público, con la intervención de las autoridades competentes, así como las publicaciones oficiales de que se cumplieron los requisitos legales y se otorgaron las garantías correspondientes.

La mención de lo anterior, cobra importancia, toda vez que el artículo 52 de la Ley Estatal de Fraccionamientos determina " ... Los Notarios Públicos en ejercicio o quienes actúen por receptía y los corredores públicos NO AUTORIZARÁN ESCRITURAS PÚBLICAS, en las cuales se consignen operaciones que contravengan lo dispuesto en LOS TRES ARTÍCULOS ANTERIORES (es decir, las disposiciones a que nos hemos referido anteriormente), por su parte el artículo 53 del mismo cuerpo normativo contempla la posibilidad de que los fedatarios que violen las prevenciones en comento, puedan ser sancionados con multa hasta por el importe de cuatrocientas veintiséis veces el salario mínimo general, vigente en la zona económica, por los Ayuntamientos, o en su defecto, por el Gobernador del Estado".

En suma, todas las hipótesis traídas a colación, revelan que el ejercicio del notariado presupone la función asesora y pericial, cuyo tema tratamos al principio y conlleva además de la preservación de la validez de los actos; que el notario autorizante al margen de ser sancionado, porque su conducta profesional y fedataria se ciña estrictamente al orden normativo que aunque no limita su función notarial, SÍ LA REGULA POR RAZONES DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL, que están muy por encima de las actuaciones notariales, complacientes o mecánicamente autenticadoras de cuanto acto jurídico se les propongan, aunque se encuentren viciados de nulidad e impliquen responsabilidad administrativa, civil o penal en su caso, conjunta o separadamente.

Lo anterior, nos permite a mi juicio, formular las siguientes,

Conclusiones:

PRIMERA.- En su ejercicio el notario tiene una función asesora y pericial de relevante importancia y trascendencia social.

SEGUNDA.- El notario jalisciense no tiene la facultad de intervenir autorizando actos o hechos, cuyo objeto sea contrario a la ley o a las buenas costumbres, pues en tal sentido se pronuncia la fracción VI del artículo 36 de la Ley del Notariado vigente y en este sentido la fe pública del notario y su función autenticadora aun en la sola ratificación de firmas deberá estar estrictamente apoyada en las disposiciones legales que permitan el acto.

TERCERA.- El notario público a través de su intervención debe ser garante de la legalidad del acto que autorice.

CUARTA.-El notario en las condiciones apuntadas con anterioridad, realiza una verdadera función de administración de justicia específicamente referida al instrumento de que se trate, en el ejercicio de sus funciones, al ilustrar y asesorar a las partes en el alcance y consecuencias de los actos para que no se impliquen actitudes iniquitativas o injustas.

QUINTA.- Implícitamente en la función protectora de legalidad en la actuación notarial, se encuentra la ética del propio notario.

SEXTA.- Sin perjuicio de la nulidad ya absoluta o relativa que la ley determine en cada caso, en cuanto al instrumento notarial o las actuaciones notariales; puede configurarse responsabilidad, civil, penal y administrativa en contra del notario autorizante o actuante. Responsabilidad que puede surgir conjunta o separadamente.

SÉPTIMA.- El notario debe procurar la ampliación de su cultura jurídica en las diferentes ramas del derecho dado que su actividad se vincula prácticamente en todas ellas con el objeto de realizar una plena función pericial y asesora.

OCTAVA.- La actuación contraria a la función asesora y pericial que puede manifestarse en intervenciones notariales inconsistentes jurídicamente; ligeras o incluso complacientes con actuaciones contraventoras de las normas de orden público y de carácter legal en general, desprestigian al propio notario y lesionan gravemente la imagen del gremio notarial.