

## LA ÉTICA EN LOS CONTRATOS

Bernardo Pérez Fernández del Castillo



El notario es un jurista y como tal un conocedor profundo y analista experto de la ley. Cuando se le encarga hacer un contrato, su finalidad última, es buscar las bases sólidas que sostengan jurídicamente el pacto entre los contratantes, que el contrato sea válido, equitativo, justo y que corresponda a las verdades de lo querido y expresado por las partes. La destreza en la redacción y la seguridad jurídica que proporciona la fe pública, no son elementos suficientes para que sea justo: debe haber también equidad, es decir, evitar cualquier abuso de una de las partes en contra de la otra.

### ¿CÓMO SE LOGRA LA ÉTICA NOTARIAL EN LOS CONTRATOS?

1) Con imparcialidad y, 2) que en el contrato haya equidad y proporción.

1. Por lo que respecta a la imparcialidad el notario, al igual que el juez, los empleados judiciales, registradores de la propiedad y del Registro Civil, los corredores públicos y los árbitros, no deben inclinarse en favor de una de las partes y en contra de la otra. (Justicia distributiva —todos son iguales frente a la ley—). Moral y jurídicamente, el notario debe desempeñar su función con libertad, sin presiones ni compromisos previos. Para ello las leyes notariales señalan claramente cuáles son las incompatibilidades y prohibiciones que circunstancialmente inclinarían la voluntad del notario hacia una de las partes, comprometiendo su imparcialidad.

Son incompatibles con la actividad notarial “Toda dependencia a empleo, cargo o comisión público, privado o de elección popular, y con el ejercicio de la profesión de abogado en asuntos en que haya contienda. El notario tampoco podrá ser comerciante, ministro de culto o agente económico de cualquier clase en términos de las leyes respectivas.” (Artículo 32 de la Ley del notariado). Por ejemplo, el abogado litigante busca en los litigios que una parte domine a la otra, no puede defender a ambas partes, pues

cometería el delito de prevaricato; en cambio el notario busca el equilibrio entre las partes.

Son prohibiciones, por ejemplo:

Actuar como notario en instrumentos o asuntos en que tengan interés, disposición a favor, o intervengan por sí, representados por o en representación de terceros, el propio notario, su cónyuge o parientes consanguíneos o afines hasta el cuarto y segundo grados, respectivamente, o sus asociados o suplentes y los cónyuges o parientes de ellos en los mismos grados o en asuntos en los cuales tenga esta prohibición el o los notarios asociados, o el notario suplente; (Artículo 45 de la citada ley).

El notario desde luego es un jurista, pero su compromiso primordial es tanto con el conocimiento de las leyes como con la ética de asesorar y redactar equitativamente los contratos. Su actuación, además de veraz, debe inclinarse en el consejo, asesoramiento o redacción en beneficio de ambas partes. De esta forma logrará la justicia preventiva como decía Joaquín Da Costa “Notaría abierta, juzgado cerrado”.

En ocasiones pudiera pensarse que hay la tentación de actuar con parcialidad, por ejemplo, en las asambleas en donde el notario asesora las decisiones del administrador, quien es el que le paga sus honorarios, en contra de los intereses de algunos accionistas.

2. En cuanto a la equidad, en la redacción de los contratos es de primordial importancia que el notario aplique toda su inteligencia, creatividad e imaginación para lograr la equidad en los contratos. Justicia conmutativa —dar a cada quien lo suyo—. La desproporción entre lo que da una de las partes y recibe, puede provocar la lesión. (Artículo 17 C.C.). Hablar de desproporción nos lleva a hablar del vicio subjetivo y objetivo, el primero que, abusando de la inexperiencia, ignorancia o miseria de una de las partes, la otra reciba algo desproporcionado a lo que da o hace (Artículo 17 c.c.). Sin proporción en los contratos su nulidad está a la vista.

### ¿CÓMO INTERVIENE EL NOTARIO EN LA REDACCIÓN DE UNA ESCRITURA?

El notario interviene en el asesoramiento y redacción de una escritura de acuerdo con tres supuestos: 1. Cuando no se ha celebrado contrato privado; 2. Cuando se ha celebrado un contrato privado informal; 3. Cuando son contratos celebrados en formularios prestablecidos o son contratos de adhesión o condiciones generales de contratación.

En el primer caso el notario escucha, interpreta y aconseja en forma imparcial a las partes y finalmente, redacta, certifica y autoriza el contrato en escritura pública luego de la firma de los contratantes.

En el segundo, ante el contrato privado, el notario, después de examinar que no haya vicios en el consentimiento ni desproporción, tiene que asesorar y explicar a las partes el sentido y alcance de las cláusulas y redactar la escritura con claridad, concisión y precisión jurídica (102 XII y XIII LN).

En el tercer supuesto, las inmobiliarias, las constructoras, fraccionadoras, las instituciones financieras, los organismos públicos de vivienda, etcétera imponen al notario la redacción de contratos de adhesión o sus condiciones generales de contratación pre redactadas unilateralmente por una de las partes, económicamente la más poderosa, para ser aceptada por la parte más débil. Para que tengan plena validez las renunciaciones establecidas en los contratos de adhesión y las condiciones generales de contratación sobre bienes inmuebles, deben ser inscritos en la Procuraduría del Consumidor (Artículo 73 de la Ley de Protección al Consumidor).

En este tipo de contratos el notario tiene poco margen de actuación, pues estas empresas dicen: “o lo tomas en los términos redactados o lo dejas”. En estos casos el notario debe, en primer lugar, conocer bien la redacción de dichos contratos; en segundo, explicar al adherente el contenido y alcance de sus cláusulas; y, tercero rechazar aquellas cláusulas que vayan en contra de las leyes prohibitivas y de su interpretación jurisdiccional.

### ¿CUÁLES SON LAS CLÁUSULAS INÚTILES, LAS ABUSIVAS Y LAS NULAS?

Son cláusulas inútiles aquellas que aparecen en los contratos y son de un estilo antiguo que ya no corresponde a la realidad. Por ejemplo, las que dicen: “Las partes declaran que el precio es el justo y equitativo”; “Que en el presente contrato no existe lesión, error, dolo, mala fe, ni violencia y que desde ahora renuncian a pedir la nulidad por dichos conceptos”; “Declara el vendedor que ha recibido el precio y que con la firma de la presente escritura otorga el recibo más eficaz que en derecho proceda”

### ¿CUÁLES SON LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS?

Podemos enunciar las siguientes:

A) “Pacto comisorio” es cuando la rescisión o la ejecución forzada de un contrato se deja al arbitrio unilateral de una de las partes. Este pacto va en

contra de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en el artículo 17 dice: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.” Va en contra del Código Civil, artículo 1797 que dispone: “La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” y del artículo 14 Constitucional que dice: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.” Es frecuente que en un contrato de mutuo o de fideicomiso se establezca que el acreedor o el fideicomisario en primer lugar “podrá ceder, gravar o enajenar el inmueble que garantiza la obligación sin la necesidad de juicio y sin necesidad de notificar al deudor o fideicomitente en segundo lugar.” El Código Civil en el artículo 2302 establece: “Queda prohibida la venta con pacto de retroventa, así como la promesa de venta de una bien raíz que haya sido objeto de una compraventa entre los mismos contratantes.” La ratio legis de esta disposición es evitar los abusos de los acreedores que exigían a los deudores pusieran a su nombre el inmueble con el que garantizaban el cumplimiento de la deuda, con la promesa de que cuando recibieran el pago, retransmitirían el inmueble nuevamente a nombre del deudor.

B) Otra cláusula se llama “anatocismo” (capitalización de intereses o intereses sobre intereses) que está prohibida por el Código Civil que en el artículo 2397 dispone: “las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses.” Por su parte, la Ley de Protección al Consumidor, establece en el artículo 68 que: “Únicamente se podrán capitalizar intereses cuando exista acuerdo previo de las partes, en cuyo caso el proveedor deberá proporcionar al consumidor estado de cuenta mensual. Es improcedente el cobro que contravenga lo dispuesto en este artículo”. Ahora bien, el anatocismo está permitido en materia mercantil, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Protección al Consumidor que en el artículo 68 dice: “Únicamente se podrán capitalizar intereses cuando exista acuerdo previo de las partes, en cuyo caso el proveedor deberá proporcionar al consumidor estado de cuenta mensual. Es improcedente el cobro que contravenga lo dispuesto en este artículo.”

C) La cláusula rebus sic stantibus establece en los contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada que el contrato no será revisado si por el cambio en las condiciones aumenta la onerosidad de las contraprestaciones a cargo de una de las partes. Frente a esta cláusula existe la teoría de “la

imprevisión en los contratos” que está regulada en el Código Civil del Distrito Federal en los artículos 1796, 1796 BIS y 1796 TER y que da la posibilidad de revisar el contrato, bajo las circunstancias especiales previstas en dicho precepto. Es decir, “... surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas, dicha parte podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento señalado en el siguiente artículo.” (Artículo 1796 segundo párrafo C.C.)

D) El pacto “leonino”. Se denomina así cuando en una sociedad se conviene que todas las utilidades serán para uno de los socios y las pérdidas para el otro. Así lo establece el artículo 2696: “Será nula la sociedad en que se estipule que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros.” Por su parte, el artículo 2697 dispone que no puede estipularse que a los socios capitalistas se les restituya su aportación con una cantidad adicional, haya o no ganancias”.

Por ejemplo, en las sociedades anónimas es nulo el pacto en el que se establezca que todos los socios responden solidariamente de las pérdidas con su patrimonio.

E) La “usura”. No obstante que en el mutuo y en el reconocimiento de deuda pueden pactarse intereses, uno de los problemas económicos más grandes suscitados en nuestro país, es el de los intereses desmedidos. Basta recordar lo que se conoció como el *Barzón* y en la actualidad, los intereses que se generan con el uso y falta de pago de las tarjetas de crédito. Son tantos los ingresos por intereses bancarios que se dice que los bancos españoles que actúan en nuestro país, se sostienen con las ganancias que obtienen de los mexicanos, quienes reditúan a esas instituciones intereses muy cuantiosos y difíciles de pagar. En los créditos civiles los deudores tienen las siguientes defensas:

Art. 2395. “El interés legal es el nueve por ciento anual. El interés convencional es el que fijen los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal; pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste, el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal”.

En el caso de los intereses desmedidos se menciona, además de la ignorancia, inexperiencia y miseria, el apuro pecuniario (Art. 17)

Art. 2396. “Si se ha convenido un interés más alto que el legal, el deudor, después de seis meses, contados desde que se celebró el contrato, puede reem-



bolsar el capital, cualquiera que sea el plazo fijado para ello, dando aviso al acreedor con dos meses de anticipación y pagando los intereses vencidos”.

Por su parte, el artículo 231 del Código Penal de la Ciudad de México, en la fracción X asimila al fraude la “usura”, al decir: “Valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipule rédito o lucros superiores a los vigentes en el sistema financiero bancario.”

F) Cláusula penal. Esta cláusula que se utiliza en los contratos para cuantificar los daños y perjuicios que se puedan causar en caso de incumplimiento de una de las partes, evita los peritajes para la comprobación de éstos. La cláusula penal no puede ser mayor a la cuantía del negocio. Esta cláusula no funciona en la compraventa de inmuebles en abonos cuando no se ha entregado la posesión física del inmueble, toda vez que el artículo 2311 del Código Civil dice que, en caso de rescisión, el comprador tendrá que dar una indemnización a título de rentas y otra por el deterioro que haya sufrido la cosa vendida, pero si no ha habido entrega no hay rentas que pagar ni deterioro que resarcir. A mayor abundamiento, el último párrafo del artículo 2311 dice que “Las convenciones que impongan al comprador obligaciones más onerosas que las expresadas, serán nulas.”

G) La “Simulación”. El artículo 2180 establece que: “Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas”. Esta falta de ética que va en contra de la verdad y de la justicia, se da cuando los otorgantes, para defraudar a los acreedores y no ser embargados o rematados en sus bienes, simulan un contrato de mutuo con garantía hipotecaria para dar preferencia sobre un inmueble a un tercero aparente, o bien, enajenan sus bienes con la misma finalidad, pero siempre siendo falsas operaciones. Otra forma de simulación para evadir impuestos, se da cuando en las compraventas se establecen precios distintos a los reales, o bien, cuando en las operaciones comparecen “testaferros” “hombres de paja” o “prestanombres”. Por lo que se refiere a los actos en contra de los acreedores, existe la acción pauliana (2163 C.C.) y en cuanto a las cuestiones fiscales existe el delito de evasión de impuestos.

Así las cosas, el contrato es un acto jurídico particularmente fértil para desplegar la ética de las partes y del abogado, como también puede ser un peligroso caldo de cultivo para cometer los abusos más inmorales de los que el *home economicus* sea capaz.

Al profesor de derecho corresponde transmitir el valor de la ética y su fundamental importancia en los contratos.

Al abogado le toca proteger a su cliente de los abusos contractuales sin inclinar injustamente la balanza hacia su lado.

El juez y el árbitro tienen por tarea reequilibrar los contratos echando mano de la teoría de la imprevisión y anulando cláusulas leoninas y abusivas.

Finalmente, para hablar del homenajeadado, el mediador debe sensibilizar a las partes para dejar a un lado sus armas y reconocer las injusticias de un contrato para transigir éticamente. Y, también hablando del homenajeadado, el notario debe siempre ser imparcial, impedir los abusos en los contratos e informar acuciosa y oportunamente a las partes, de los alcances de las cláusulas que desean pactar, ejerciendo la ética con toda plenitud.