

ABREVIATURAS

- art. = Artículo.
- C.C. = Código Civil para el Distrito Federal.
- C. de c. = Código de Comercio.
- CAM = Centro de Arbitraje de México.
- CANACO = Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.
- CCI = Cámara de Comercio Internacional.
- CFPC = Código Federal de Procedimientos Civiles.
- CPC = Código de Procedimientos civiles para el Distrito Federal.
- DO = *Diario Oficial de la Federación.*
- fracc. = fracción.
- LAASP = Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
- LFA = Ley Federal del Derecho de Autor.
- LIS = Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.
- LIC = Ley de Instituciones de Crédito.
- LN o Ley del Notariado = Ley del Notariado para el Distrito Federal.
- LOAAC = Ley de organizaciones y actividades auxiliares del crédito.
- LOPSR = Ley de Obras públicas y servicios relacionados con las mismas.
- LPDUSF = Ley de protección y defensa al usuario de servicios financieros.

I. ARBITRAJE Y NOTARIO

El *arbitraje* es un “procedimiento de solución de controversias” (GRAHAM TAPIA), que de alguna forma contribuye en la administración de justicia, función que también compete a los notarios que, como señala la Ley del notariado, “son auxiliares en la administración de justicia” (arts. 11 y 42).

El notario en su función propiamente notarial, como fedatario, puede estar relacionado de diversas maneras con el arbitraje; pero, también, no en su función notarial, sino como profesional del derecho, puede llegar a ser mediador, árbitro o secretario en un procedimiento arbitral.

ARBITRAJE

II. CONCEPTO

La regla general es que los litigios de orden privado deben resolverse ante los tribunales establecidos. El *arbitraje*, por tanto, es un procedimiento excepcional que debe ser pactado por las partes que desean someterse a este medio para resolver una controversia que “no es un mecanismo de impartición de justicia” (GRAHAM TAPIA).

El procedimiento arbitral está expresamente autorizado y regulado en la legislación mexicana para las materias civil y mercantil. Dice el CPC que “las partes tienen el derecho de sujetar sus diferencias al juicio *arbitral*” (art. 609) y el C. de c. establece: “el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes..., pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento *arbitral*...” (art. 1051).

El *arbitraje* “es el desarrollo procesal de un convenio privado que, con el apoyo del orden jurídico positivo, encomienda la resolución de controversias mercantiles, entre las partes que lo han celebrado, a un árbitro o a un tribunal arbitral independientes, les señala los términos básicos de su misión, indica el derecho aplicable al fondo de la controversia y las reglas del procedimiento arbitral, conviene en el lugar y en la lengua del arbitraje” (MEDINA MORA).

Cuando hay *acuerdo arbitral*, el arbitraje prevalece sobre el procedimiento judicial, “implica una renuncia a la competencia de los tribunales nacionales para otorgársela a los árbitros. Es una derogación de la jurisdicción estatal” (BLACKABY). “El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas” (art. 1424 C. de c.).

III. VENTAJAS, DESVENTAJAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE

En los contratos internacionales es usual que cada parte de distinto país trate de imponer su propia ley y su propia jurisdicción. Una de las ventajas del arbitraje es que la jurisdicción no es de alguna de las partes, sino que es una jurisdicción neutral.

Comparado con un litigio ante el órgano judicial, las principales *ventajas* del arbitraje son: es un proceso privado que no tiene la publicidad de un juicio ante tribunales; las partes tienen la posibilidad de escoger a su propio tribunal, lo que no es posible en el poder judicial; los árbitros son elegidos por sus aptitudes, conocimientos y experiencia; el arbitraje es, en principio, más flexible, adaptable y puede resultar y más rápido y eficiente que un litigio; y, en el arbitraje es posible hacer las reglas para el caso concreto (*Cfr.* REDFERN and HUNTER).

Las *desventajas* del arbitraje son: las facultades de los árbitros son menores que las de un tribunal judicial, pues un juez puede ejecutar una resolución, pero no hay facultades coactivas que el Estado quiera delegar a un tribunal arbitral; y, en un arbitraje no se puede traer a otras partes a la controversia, en cambio, un tribunal judicial tiene poder para consolidar acciones (*Cfr.* REDFERN and HUNTER).

Con respecto a los costos: el arbitraje no es necesariamente más barato que el litigio judicial,

pues los honorarios de los árbitros deben pagarlos las partes, el procedimiento judicial es casi siempre gratuito; en arbitrajes institucionales hay que pagar la cuota administrativa de la institución administradora; y, en el arbitraje hay que considerar los costos del lugar donde se llevan a cabo algunas actuaciones, que no sucede en litigios judiciales que se tramitan en tribunales (*cf.* REDFERN and HUNTER).

IV. OTROS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Además del arbitraje, hay otras formas de solución de controversias que se han denominado “ADR” (*alternative dispute resolution*), entre las que están la *mediación o conciliación*. La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Conciliación Comercial Internacional, que iguala los conceptos, establece que: “se entenderá por “*conciliación*” todo procedimiento, designado por términos como conciliación, *mediación* o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia” (art. 1º, 3).

Principios importantes en la mediación o con-

ciliación es que “las partes y el mediador se comprometen a que el mediador *no* actúe como árbitro, representante o asesor de una parte en ningún procedimiento arbitral o judicial relativo a una controversia que hubiere sido objeto del procedimiento de mediación. Las partes se obligan, además, a no llamar al mediador como testigo en ninguno de tales procedimientos” (art. 20 del mismo Reglamento).

En la mayoría de las instituciones administradoras de arbitrajes existen Reglas de mediación o conciliación como otro supuesto de solución de controversias, por ejemplo, en la CCI, en la CANACO o en el CAM. En algunas cláusulas de solución de controversias pactadas por las partes se establece que, antes de que lleguen a un procedimiento arbitral, deben tratar de resolver el litigio mediante un procedimiento de mediación o conciliación que, en algunos casos, puede ser obligatorio y que se regula en el mismo acuerdo o se remite a Reglas de mediación.

V. FUENTES FORMALES DEL DERECHO ARBITRAL

Las fuentes formales del arbitraje son: el acuerdo arbitral, la ley nacional y las convenciones internacionales. Unas son normas de orden legal, pues están contenidas en leyes, otras son disposiciones de carácter internacional que pueden o no tener el carácter de Derecho vigente en México y,

finalmente, hay normas de carácter privado pues las partes que acuerdan someterse al arbitraje pactan las reglas del procedimiento o aceptan disposiciones que están contenidas en Reglamentos o Reglas elaboradas por instituciones administradoras de arbitraje, nacionales o internacionales.

“La fuente principal para arbitrar una controversia privada es el acuerdo de voluntades” (GONZÁLEZ DE CASTILLA). La ley nacional es la que permite a las partes llegar a un acuerdo de arbitraje para tener una solución alterna en una controversia. El ordenamiento legal señala los límites del arbitraje, el marco para el acuerdo válido de las partes, los principios, la forma, las materias arbitrables, la capacidad para comprometerse y otros aspectos.

En el *orden internacional* hay varias convenciones sobre arbitraje que “tienen como propósito asegurar la eficacia de los laudos arbitrales”. Las más importantes, que han sido aprobadas por México y constituyen derecho vigente, son:

a) La llamada *Convención de Nueva York* o “Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras” (publicada en el *DO* de 22 de junio de 1977).

b) La *Convención de Panamá* o “Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional” (*DO* de 9 de febrero de 1978).

c) La *Convención de Montevideo* o “Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos extranjeros” (*DO* de 20 de agosto de 1987).

Hay, además, otros documentos de naturaleza internacional relativos al arbitraje como son:

a) La *Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL* que ha sido adoptada por numerosos países. México la incorporó en las disposiciones del título quinto del Código de Comercio.

b) La UNCITRAL ha elaborado un *Reglamento de Arbitraje* para procedimientos arbitrales *ad hoc*, “aceptable a nivel mundial, que versa sobre todos los aspectos del arbitraje, desde la formación del tribunal arbitral hasta la emisión del laudo arbitral” (GONZÁLEZ DE COSSÍO).

c) Las *Notas de UNCITRAL sobre la organización del proceso arbitral*, de gran utilidad práctica para el desarrollo de un arbitraje.

Las instituciones arbitrales, nacionales e internacionales, tienen sus Reglamentos o Reglas para los arbitrajes que administran. Las más usuales en los procedimientos mexicanos son los Reglamentos de la CCI (Cámara de Comercio Internacional), de CANACO (Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México) y las Reglas del CAM (Centro de Arbitraje de México).

VI. CLASES DE ARBITRAJE

El arbitraje puede ser *ad hoc* o *institucional*. “El rasgo fundamental del arbitraje institucional es que este es administrado (en su procedimiento) por una institución arbitral” (GRAHAM TAPIA). Como ejemplos de arbitrajes institucionales están los

desarrollados en el marco de la CCI, de la CANACO, del CAM o de la *American Arbitration Association* (AAA). Generalmente en estos procedimientos se siguen las Reglas de estas instituciones y se recibe el auxilio y la vigilancia de la institución administradora durante el proceso.

Las funciones de las instituciones administradoras de arbitrajes son, entre otras: cerciorarse de que se cumpla el Reglamento y de que el laudo que se dicte sea válido y ejecutable; intervenir en la designación de árbitros y confirmarlos; fijar los honorarios del tribunal arbitral; conocer de las recusaciones; y, notificar el inicio del arbitraje y el laudo. “Las instituciones administradoras del arbitraje no son árbitros: no resuelven las controversias” (MEDINA MORA).

El arbitraje *ad hoc*, es aquel en el que “las partes proveen a todos los elementos del arbitraje, que lógicamente se estipulan con más detalle, especialmente en cuanto a la identificación de la controversia que debe ser resuelta, al derecho aplicable al fondo y especialmente a las reglas del procedimiento, la misión y las facultades de los árbitros y todos los demás elementos que deban figurar en un compromiso arbitral” (MEDINA MORA).

En el arbitraje *ad hoc* existen “dos posibilidades: *i*) en el acuerdo arbitral las partes confeccionan las reglas que regirán el procedimiento arbitral; *ii*) en el acuerdo arbitral las partes adoptan reglas previamente establecidas pero que no serán administradas por una institución” (GRAHAM TAPIA). Por ejemplo, es común adoptar las disposiciones del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL.

La mayoría de los arbitrajes de carácter internacional suelen ser administrados; los arbitrajes *ad hoc* se dan más en el campo doméstico.

El arbitraje puede ser de *estricto derecho* o en *amigable composición*. En el primero, el tribunal arbitral funda su decisión en un determinado cuerpo de normas jurídicas, en el segundo utiliza un criterio de equidad. Es más usual el primero de los arbitrajes. “El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo” (arts. 1445 del c. de c. y 628 del CPC).

Los acuerdos arbitrales (cláusulas y compromisos) generalmente señalan cual es el *Derecho sustantivo* aplicable al fondo de la controversia y cuales son las reglas que rigen al procedimiento arbitral. Por ejemplo, puede pactarse que el fondo de la controversia se rige por el Derecho mexicano o por los Principios sobre los contratos mercantiles internacionales de *UNIDROIT* y, el procedimiento se regula por el Reglamento de arbitraje de *UNCITRAL* (arbitraje *ad hoc*) o las Reglas de una institución administradora del arbitraje, como las del Reglamento de Arbitraje de la CCI o de CANACO (generalmente arbitraje administrado).

La naturaleza *civil o mercantil* del asunto se determina por el contrato o la relación jurídica materia de la contienda. De esto se deriva que las normas sustantivas aplicables al caso sean civiles o mercantiles y, si las partes no acuerdan algo distinto, que el procedimiento arbitral se rija por algún Código de Procedimientos civiles local o por el Código de Comercio.

Hay varios criterios para determinar si el arbitraje tiene el carácter de *internacional* o si se trata de un arbitraje *nacional* o doméstico. Conforme al c. de c. el arbitraje internacional es “aquél en el que: a) las partes al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, tengan sus establecimientos en países diferentes; o b) el lugar del arbitraje, determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al mismo, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento” (art. 1416 fracc. III).

VII. ACUERDO ARBITRAL

El arbitraje es un proceso voluntario para las partes. “La primera norma que rige al arbitraje es el acuerdo de las partes para someterse a un arbitraje. Es un requisito de existencia para que pueda desarrollarse el arbitraje” (GRAHAM TAPIA). El c. de c. lo define como: “el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente” (art. 1416 fracc. I, y en términos similares, el art. 610 del CPC).

Acuerdo arbitral es el género, cláusula arbitral y compromiso arbitral las especies. “La *cláusula arbitral* se refiere a disputas futuras que podrían surgir de una relación contractual, mientras que el *compromiso* trata de una resolución de un contencioso específico existente” (BLACKABY). Tanto el C. de c. como el CPC contemplan la posibilidad de que la controversia sea futura o de que ya haya surgido.

Cuando las partes se han vinculado por un acuerdo arbitral ya no pueden desentenderse de éste. Las *consecuencias* de un acuerdo arbitral son: *a)* es obligatorio para las partes; *b)* si hay litigio, el juez debe remitir a las partes al arbitraje; *c)* la cláusula arbitral es autónoma del contrato que la contiene; *d)* el tribunal arbitral puede decidir sobre su propia competencia; y *e)* hay una presunción de licitud del laudo arbitral.

Con respecto a la *forma*, “el acuerdo de arbitraje deberá constar por *escrito*, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra” (arts. 1423 C. de c. y, en términos similares, el art. 611 CPC).

Característica importante es que: “la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un *acuerdo independiente* de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un con-

trato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria” (art. 1432 c. de c.).

Cuando una cláusula arbitral remite a un *Reglamento* arbitral estas reglas forman parte del acuerdo arbitral. Un acuerdo arbitral mal redactado —por las partes, por un abogado o por un notario— que se conoce como *cláusula patológica*, puede dar lugar a futuros problemas en el desarrollo del procedimiento arbitral.

Prácticamente todas las instituciones administradoras de arbitraje tienen algún texto como cláusula arbitral modelo para incorporar en los contratos cuyas posibles futuras controversias las partes deciden someter a un procedimiento arbitral. Es recomendable utilizar estos textos que han sido redactados por expertos en arbitraje y probados en muchos procedimientos arbitrales. Por ejemplo, el texto de la *cláusula arbitral modelo* de la CCI dice: “todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a éste Reglamento”. Además, “se recuerda a las partes la conveniencia de indicar, en la cláusula de arbitraje, el derecho aplicable al contrato, el número de árbitros, el lugar o sede del arbitraje, y el idioma en el que debe desarrollarse el procedimiento arbitral”.

El *compromiso arbitral*, que se celebra después de que ha surgido la controversia, suele ser un convenio más complejo que el acuerdo arbitral para futuras controversias. “El compromiso de-

signará el negocio o negocios que se sujeten a juicio arbitral y el nombre de los árbitros. Si falta el primer elemento, el compromiso es nulo de pleno derecho, sin necesidad de previa declaración judicial...” (art. 616 CPC). Como en todo acuerdo arbitral, es conveniente señalar el número de árbitros, el lugar del arbitraje y el derecho sustantivo aplicable. La cláusula modelo de *compromiso arbitral* de CANACO tiene el siguiente texto: “las partes acordamos resolver la controversia, arriba descrita, así como todo litigio, controversia o reclamación resultante de la relación jurídica arriba descrita, su resolución o nulidad, mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México”.

El c. de c. dispone que el *lugar* y el *idioma* del arbitraje son cuestiones que deben decidir las partes, pero, si no lo hacen, la determinación corresponde al tribunal arbitral (*cf.* arts. 1436 y 1438). El lugar del arbitraje, como sede del mismo (no el lugar físico) determina muchas veces la ley procesal aplicable, la ejecutabilidad del laudo y su posible impugnación.

VIII. FACULTADES PARA CELEBRAR UN ACUERDO ARBITRAL

“Todo el que esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles puede comprometer en árbitros sus negocios” (art. 612 CPC). Excepcionalmente, la

ley limita la posibilidad de celebrar el acuerdo arbitral en ciertos casos. Por ejemplo, los tutores “no pueden comprometer los negocios de los incapacitados, ni nombrar árbitros, sino con aprobación judicial” (arts. 612 CPC, 566 y 567 del C.c.); o, los albaceas “necesitan del consentimiento unánime de los herederos para comprometer en árbitros los negocios de la herencia y para nombrar árbitros”, (arts. 613 CPC y 1720 C.c.).

Generalmente, quien tiene facultades de representación para un contrato las tiene para el acuerdo arbitral. Para firmar un acuerdo arbitral, un representante requiere de la facultad especial “para comprometer en árbitros” (art. 2587 fracc. III C.c.). Esta facultad se puede conferir expresamente en un poder especial, por ejemplo para una controversia ya existente; o quedar incluida como facultad especial contenida en los poderes generales para pleitos y cobranzas en los que “*bastará* que se diga que se otorgan con todas las facultades, para que se entiendan comprendidas las que requieren cláusula especial” (art. 2554 C.c.).

IX. MATERIA ARBITRABLE

No todas las controversias pueden someterse al arbitraje, pues hay materias que cada Estado considera que deben ser conocidas por los tribunales judiciales, por ejemplo: derecho familiar, divorcios, paternidad, concursos civiles o mercantiles, propiedad intelectual, competencia econó-

mica, derecho penal, materia agraria o relaciones laborales. “La materia sobre la cual se puede efectuar el arbitraje son aquellos derechos sobre los cuales las partes pueden transigir, pues solamente afectan sus intereses y a nadie perjudican las decisiones que se tomen sobre ellos” (RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ). No puede haber arbitraje en cuestiones de derechos irrenunciables. En la actualidad el ámbito de la materia de arbitraje se ha ampliado.

La *materia arbitrable* se define en forma negativa, es decir, enumerando los asuntos que están excluidos de la posibilidad de ser resueltos en un arbitraje. El CPC establece: “no se pueden comprometer en árbitros: I. El derecho de recibir alimentos; II. Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias; III. Las acciones de nulidad de matrimonio; IV. Los concernientes al estado civil de las personas” (con excepción de los derechos pecuniarios por filiación)... (art. 615).

Se dice que todo lo que puede ser materia de *transacción* es arbitrable y viceversa. Las limitaciones a los asuntos que pueden ser materia de transacción se aplican al arbitraje. En este sentido, la enumeración anterior se completa con la prohibición del C.C. que señala que “será nula la transacción que verse: I. Sobre delito, dolo y culpa futuros; II. Sobre la acción civil que nazca de un delito o culpa futuros; III. Sobre sucesión futura; IV. Sobre una herencia, antes de visto el testamento, si lo hay...” (art. 2950).

La gran mayoría de los arbitrajes se refieren a

la *materia contractual*, muchas veces de carácter mercantil, siempre que no sean asuntos que se rigen por disposiciones de orden público o que involucren intereses que no son estrictamente de particulares. Así, en principio, están excluidas del arbitraje privado materias como: la protección al consumidor (que tiene procedimientos propios para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores); lo referente a la competencia económica; a la inversión extranjera; a la propiedad industrial y los casos de concursos mercantiles.

Disposiciones recientes en materia mercantil especializada, como es lo relativo a instituciones de crédito, de seguros, organizaciones auxiliares del crédito y el mercado de valores, han regulado procedimientos que incluyen al arbitraje como medio *alternativo y opcional* para solución de conflictos (arts. 119 y 120 LIC, 135 LIS, 102 y 103 LOAC y 87 LMV).

También en otras materias, como la contratación con las dependencias y entidades del Gobierno federal se previenen procedimientos de conciliación y la posibilidad de que las partes pacten un compromiso arbitral (arts. 15, 71 a 73 LAASP y arts. 15, 89 a 91 de la LOPSR). La Ley federal del derecho de autor contempla la posibilidad de que en caso de controversia, las partes se sometan a arbitraje cuyas reglas se contienen en dicha ley.

Para la protección y defensa de los usuarios de servicios financieros que prestan las instituciones públicas, privadas y del sector social debidamente autorizadas, la LPDUSF establece procedimientos de conciliación y arbitraje, en amigable composi-

ción y en estricto derecho, que se llevan por medio de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (*CONDUSEF*).

X. EL TRIBUNAL ARBITRAL

“*Tribunal arbitral* es el árbitro o árbitros designados para decidir una controversia” (art. 1415 fracc. V C. de c.). Lo usual es que el árbitro sea elegido por las partes, quienes “podrán determinar libremente el número de árbitros. A falta de tal acuerdo, será un solo árbitro” (arts. 1415 fracc. V y 1426 C. de c.). “La decisión del número de árbitros es un punto íntimamente relacionado con las características de la controversia (presente o en potencia). Las consideraciones a tomar para elegir el número de árbitros son: complejidad, laboriosidad y cuantía del negocio” (GRAHAM TAPIA).

Las partes pueden señalar en el acuerdo arbitral las aptitudes que debe tener el tribunal arbitral, por ejemplo que sea abogado, que tenga experiencia en arbitraje, que conozca de la materia del arbitraje: franquicias, seguros, derecho marítimo, textil, construcción, etc. “Por la naturaleza legal del arbitraje internacional, la mayoría de los árbitros de la CCI son abogados o profesores universitarios” (REDFERN and HUNTER).

A un árbitro se le elige, generalmente, por sus calidades morales como: conocimiento de la materia del arbitraje, experiencia, probidad, sentido de

la justicia y de la equidad, autoridad moral, independencia e imparcialidad. Las reglas de *Ética para árbitros internacionales* (de la Asociación de la Barra Internacional) establecen que: “un posible árbitro aceptará su nombramiento solo si está completamente seguro de que es competente para determinar el asunto en disputa y que tiene un conocimiento adecuado de la lengua del arbitraje”. Además, “un posible árbitro aceptará el nombramiento solo si es capaz de dar al arbitraje el tiempo y la atención que las partes merezcan razonablemente” (Reglas 1.2 y 1.3).

En todos los casos, la persona designada como árbitro es *libre para aceptar* esa designación, pues el arbitraje es siempre un procedimiento voluntario para las partes y para el tribunal arbitral.

XI. IMPARCIALIDAD, INDEPENDENCIA Y CONFIDENCIALIDAD

“Es fundamental que un árbitro sea y permanezca imparcial e independiente” (REDFERN and HUNTER), lo que está reconocido en las leyes y en los Reglamentos de arbitraje. “Los árbitros internacionales deber ser imparciales, independientes, competentes, diligentes y *discretos*, un posible árbitro aceptará el nombramiento solo si está completamente seguro de que es capaz de realizar sus tareas en forma imparcial” (nota introductoria y art. 1.1 *Ética para árbitros internacionales*).

La *imparcialidad* es lo que se opone a la parcialidad. “La parcialidad surge cuando un árbitro favorece a una de las partes, o cuando tiene prejuicios en relación con la materia de la disputa. La *dependencia* surge de la relación entre un árbitro y una de las partes, o con alguien relacionado en forma cercana con alguna de las partes” (artículo 2.1 *Ética para árbitros internacionales*).

La imparcialidad e independencia del tribunal arbitral están garantizadas por la ley y por los Reglamentos de Arbitraje mediante dos medios: a) la declaración de independencia del árbitro; y b) la posibilidad de que las partes puedan recusar al árbitro. El c. de c. señala: “la persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia” (art.1428), con objeto de que las partes tengan la certeza de que no será parcial.

Una de las ventajas del arbitraje frente al procedimiento judicial es la privacidad del primero y el deber de *confidencialidad* del tribunal arbitral. El Reglamento de Arbitraje de CANACO dice: “salvo acuerdo expreso en contrario de las partes, las actuaciones arbitrales serán confidenciales. No se considerará que se viola la confidencialidad cuando se recurra a los tribunales públicos para solicitar el reconocimiento o la ejecución de un laudo o en cualquiera otro caso previsto por el Reglamento o en una norma de orden público” (art. 5°).

XII. PRINCIPIOS

“La solución de controversias por medios alternativos debe suponer, para dar confianza a las partes, la observancia de determinados principios que garanticen a quienes intervienen en el procedimiento que se seguirán reglas que permitan a las partes hacer valer sus derechos y plantear sus pretensiones, todo dentro de un marco de equilibrio procesal” (LOPERENA Y GONZÁLEZ DE COSSÍO).

Estos *principios básicos* del arbitraje, de orden público e irrenunciable, se contienen en los Reglamentos arbitrales y en el C. de c. que establece como primer principio: “deberá tratarse a las partes con *igualdad* y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos” (art. 1434). Otro principio importante establece que “las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado” (art. 1435).

XIII. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

“En el arbitraje generalmente las partes buscan una decisión al *fondo* de la controversia, sin que se le dé una importancia exagerada al procedimiento” (VON WOBESER). El arbitraje es ejecución de un acuerdo arbitral y se lleva como las

partes lo han acordado. Las etapas se pueden cambiar por acuerdo de las mismas partes durante el procedimiento, pues una ventaja del procedimiento arbitral es su flexibilidad; si las partes no se ponen de acuerdo, el tribunal arbitral decide.

“Es útil que una *junta preliminar* entre las partes y los árbitros tenga lugar con la finalidad de establecer los aspectos que regirán el procedimiento arbitral. El UNCITRAL ha elaborado una guía para la organización de procedimientos arbitrales y sugiere que los siguientes puntos sean abordados, en caso de que las partes no lo hayan ya plasmado en el acuerdo de arbitraje: *a)* la adopción de reglas procesales; *b)* el idioma; *c)* traducción simultánea; *d)* el lugar del arbitraje; *e)* servicios administrativos (en caso de arbitrajes *ad hoc*); *f)* depósitos para gastos; *g)* la confidencialidad de la información; *h)* forma de comunicación; *i)* condiciones de las promociones; *j)* definición de los puntos legales a ventilar; *k)* las pruebas (documentales, periciales, testimoniales); y, las audiencias” (LOPERENA Y GONZÁLEZ DE COSSIO).

El procedimiento arbitral se inicia con la *demandar arbitral*, en la que la demandante hace valer sus pretensiones, contiene una relación de hechos, la mención del acuerdo de arbitraje y la invocación del derecho aplicable al fondo. No requiere formalismos preestablecidos, su forma es más flexible que la demanda ante tribunales judiciales. La *contestación de la demanda* debe seguir la misma forma que la demanda, puede contener excepciones, defensas y una reconvencción, siempre que la materia de la contra demanda

esté comprendida en el acuerdo de arbitraje (*cf.* art. 1439 c. de c). Si la demandada quiere objetar la competencia del tribunal arbitral debe hacerlo en su contestación.

“La acreditación de la *personalidad* en estos procedimientos no requiere las formalidades que se exigen en los procedimientos judiciales. Si es conveniente que la parte que inicie un arbitraje demuestre de alguna manera que, si lo hace en representación de otro, se le otorgó esa representación y lo demuestre. No es procedente, por tanto, la impugnación a la legitimación procesal o representación en el procedimiento a ninguna de las partes” (LOPERENA Y GONZÁLEZ DE COSSÍO). El Reglamento de Arbitraje de CANACO señala: “durante el procedimiento de arbitraje las partes podrán estar representadas o asesoradas por personas de su elección. En este caso, deberán comunicar por escrito a la Comisión, a la otra parte y al tribunal arbitral, los nombres y las direcciones de estas personas. Esta comunicación deberá precisar si la designación se hace a efectos de representación o de asesoramiento” (art. 4).

XIV. ACTA DE MISIÓN, CALENDARIO PROCESAL Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Un elemento útil en los arbitrajes es el *acta de misión*. El Reglamento de Arbitraje de la CCI dice: “tan pronto como reciba de la Secretaría el expe-

diente, el Tribunal Arbitral elaborará, con base en los documentos o en presencia de las partes y teniendo en cuenta las últimas alegaciones de éstas, un documento que precise su *misión*” (art. 18.1). Entre otros puntos debe contener: “una exposición sumaria de las pretensiones de las partes y de sus peticiones”, así como “una lista de los puntos litigiosos por resolver” (art. 18.1). Algunos árbitros preparan, de acuerdo con las partes, un acta de misión, aún cuando el Reglamento o las leyes que rigen el procedimiento no lo requiera.

“Hay Reglamentos (*por ejemplo CCI y CAM*) que exigen la preparación de un *calendario procesal* que señale las fechas en las cuales tendrán lugar los pasos procesales. Aún cuando un reglamento o un acuerdo de arbitraje no lo exijan, es recomendable por su utilidad” (LOPERENA Y GONZÁLEZ DE COSSÍO).

La primera facultad que tiene el tribunal arbitral es la de decidir sobre su propia competencia, que se conoce como *competence/competence* (KOMPETENZ-KOMPETENZ) y que consiste en que los árbitros resuelvan si el acuerdo arbitral existe y es válido. La reconocen los Reglamentos de arbitraje y el C. de c. dice al respecto: “el tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje” (art. 1432). Además, todo tribunal arbitral está facultado para interpretar la cláusula arbitral.

Los árbitros dirigen el arbitraje mediante *órdenes procesales*, que son resoluciones del tribunal

arbitral diferentes al laudo. “Conviene resolver en órdenes procesales todo lo que no implique una controversia mayor, como las cuestiones de trámite, de preparación de pruebas y, en general, toda la logística del procedimiento” (LOPERENA). El C. de c. establece una norma importante para el procedimiento: “si una parte prosigue el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición... o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no expresa su objeción a tal incumplimiento..., se entenderá renunciado su derecho a impugnar” (art. 1420).

“La competencia para dictar órdenes procesales no conlleva el imperio para hacerlas efectivas. Los árbitros no tienen facultades para ejecutar directamente sus decisiones, ni siquiera a las partes del arbitraje. Los árbitros no pueden sancionar, imponer multas o arrestos a quienes no cumplan sus resoluciones procesales. En los casos en que las legislaciones locales le dan facultad para dictar providencias precautorias, dichas providencias únicamente pueden ser ejecutadas través de los jueces” (OGARRIO).

XV. PRUEBAS Y AUDIENCIAS

El C. de c. faculta al tribunal arbitral para “determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas” (art. 1435). La prueba más utilizada en los arbitrajes es la *documental*, que se desahoga por sí misma. “Las leyes y los reglamentos de

procedimiento arbitral suelen dejar considerable margen con respecto a la forma de practicar la prueba *testimonial*". Respecto a la *pericial*, "la opinión de expertos en áreas técnicas es frecuentemente utilizada en el arbitraje, en particular en arbitrajes que versan sobre controversias técnicas" (LOPERENA Y GONZÁLEZ DE COSSÍO). Las *Notas de UNCITRAL* pueden auxiliar para determinar muchos de los aspectos de las pruebas.

Los Reglamentos prevén la celebración de *audiencias*. El c. de c. señala: "salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o de alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas" (art. 1440). "*Las audiencias arbitrales constituyen un interesante y útil, mas no indispensable, paso en el procedimiento arbitral. La forma en que se organiza la audiencia queda a la discreción del tribunal arbitral*" (LOPERENA Y GONZÁLEZ DE COSSÍO).

Las partes tienen, generalmente, derecho a presentar *alegatos* o alegaciones, que son "escritos en donde las partes abundan (sin modificar la *litis*), sobre los puntos de su demanda y de su contestación" (LOPERENA). Una vez que las partes han tenido la oportunidad suficiente para exponer su caso y presentar pruebas, el tribunal arbitral puede ordenar el *cierre de la instrucción*, a que se refieren algunos Reglamentos, como el de la CCI (art. 21.1).

XVI. EL LAUDO

El c. de c. dispone: “un *laudo arbitral*, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido como vinculante” (art. 1461). El laudo, por lo general, debe ser motivado y contener unos antecedentes como lo acontecido durante el arbitraje y los razonamientos que llevan al tribunal a resolver en un sentido o en otro. Cumplirá con el requisito de congruencia, que consiste en resolver solamente las cuestiones planteadas a los árbitros siempre que estas se encuentren dentro del acuerdo arbitral. El requisito de exhaustividad exige que se resuelvan todas las cuestiones planteadas a los árbitros” (LOPERENA Y GONZÁLEZ DE COSSÍO).

“El laudo se dictará por *escrito* y será firmado por el o los árbitros” (art. 1448). “El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. Si las partes no indicaren la ley que debe regir el fondo de litigio, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable” (art. 1445). Establece el C. de c.: “si durante las actuaciones arbitrales, las partes llegaren a una *transacción* que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes” (art. 1447). Esto

último lo prevén la mayoría de los Reglamentos arbitrales.

Los laudos están sujetos a *aclaración, corrección, interpretación* o incluso es posible llegar a dictar un *laudo adicional*. Esto no significa variar la sustancia o el sentido de la resolución (*cf.* arts. 1450 y 1451 c. de c.)

“El laudo no requiere autenticación alguna, ni tampoco certificación, pues la firma de los tres árbitros hacen de él un documento original y auténtico que puede presentarse ante cualquier juzgado competente para ser reconocido o ejecutado, sin necesidad de que se le añada formalidad alguna” (LOPERENA).

XVII. NULIDAD DEL LAUDO

“El laudo no es recurrible ni por medio de la apelación ni por medio de cualquier otro recurso” (LOPERENA). Solamente puede ser atacado de *nulidad*, pues es un acto jurídico entre particulares. El c. de c. señala, *limitativamente*, las causas: “los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando: I. La parte que intente la acción pruebe que: *a)* Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido...; *b)* No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, ha-

cer valer sus derecho; c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje...; d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes,...; o e) El juez compruebe que según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público” (art. 1457).

XVIII. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL LAUDO

Todo laudo debe ser *ejecutable*. Dice el C. de c.: “un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este capítulo” (art. 1461). “Por virtud de la ejecución del laudo, se le da efectos a lo resuelto en el mismo, aún en contra de la voluntad de una de las partes. Constituye el mecanismo por virtud del cual, mediante la intervención judicial y con el posible uso de la fuerza pública, se cumplen coactivamente los resolutivos del laudo arbitral” (GONZÁLEZ DE COSSÍO).

El C. de c. señala las causas por las que un juez puede denegar la ejecución de un laudo arbitral. El texto de esta disposición es muy similar al artículo V de *la Convención de Nueva York* que establece causas, casi iguales, a las de nulidad del

laudo arbitral. En cuanto a la *forma y los requisitos* para la ejecución del laudo, el c. de c. señala que debe presentarse el original del laudo y del acuerdo de arbitraje (o copia certificada) ante el juez de primera instancia del lugar del arbitraje y que el procedimiento es el que señala el Código federal de procedimientos civiles para los incidentes (art. 1461). “En términos generales, los tribunales ordinarios no tienen competencia para revisar los laudos arbitrales, en lo que se refiere al fondo del asunto” (OGARRIO).

XIX. ARANCELES Y COSTOS DEL ARBITRAJE

“El arbitraje es una fórmula de solución de controversias con costo para las partes, es un servicio privado” (GRAHAM TAPIA). Dice el c. de c. que “el tribunal arbitral fijará en el laudo las *costas del arbitraje*” (art. 1453) y a quien corresponde pagarlas. Lo mismo señalan los Reglamentos de arbitraje. Con respecto a los *honorarios del tribunal arbitral* en el arbitraje institucional la administradora del arbitraje tiene aranceles que señalan lo que debe pagarse al tribunal arbitral y la cuota administrativa de la institución administradora. En los arbitrajes *ad hoc* los honorarios del tribunal arbitral se fijan de común acuerdo entre las partes y los árbitros.

FUNCIÓN NOTARIAL

XX. EL NOTARIO

El *notario*, dice la Ley del notariado, “es el profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría. El notario conserva los instrumentos en el protocolo a su cargo, los reproduce y da fe de ellos. Actúa también como auxiliar de la administración de justicia, como consejero, *árbitro* o asesor internacional, en los términos que señalen las disposiciones legales relativas” (art. 42).

La *función* del notario “se caracteriza por la función entre la función pública y el asesoramiento profesional independiente e imparcial y por la retribución a cargo de los particulares que solicitan su intervención” (GOMA SALCEDO). El notario tiene dos formas de actuar: como profesional con fe pública y como jurista. En el primer caso su actuación está regida por la Ley del notariado, en el segundo, ejerce una profesión libre. En el primer caso debe sujetarse al arancel de notarios, en el segundo no (*cfr.* ÁVILA ÁLVAREZ).

La *función notarial* es la actividad que el notario realiza conforme las disposiciones de la Ley del Notariado. “Posee una naturaleza compleja: es pública en cuanto proviene de los poderes del Estado

y de la Ley, que obran en reconocimiento público de la actividad profesional de Notario y de la documentación notarial al servicio de la sociedad. De otra parte, es autónoma y libre, para el notario que la ejerce, actuando con fe pública” (art. 26). Las “notas que delimitan la función notarial, son: 1° La función autenticadora y legitimadora notarial recae sobre los actos o negocios y los hechos jurídicos (humanos o naturales). 2° Fundamentalmente, la autenticación y legitimación notarial se refiere o aplica a los actos que se realizan en la esfera de las relaciones de Derecho privado (o sea aquellas en las que prepondera el interés particular). 3° La actuación notarial se desenvuelve en la fase de normalidad del Derecho. Quedan fuera de su ámbito las relaciones que se manifiestan en fase contenciosa o de perturbación” (CASTÁN TOBEÑAS).

Como *jurista*, el notario asesora sobre los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que los particulares buscan y puede desempeñar esa actividad en forma independiente de todo instrumento (consultas, dictámenes) o como actuación previa y preparatoria de un instrumento. “Este aspecto de la profesionalidad del notario como jurista es la que mayor categoría le da a su actividad” (CARRAL Y DE TERESA).

XXI. AMPLIACIÓN DE LA COMPETENCIA NOTARIAL

Las últimas leyes del notariado que han regido en el Distrito Federal (1946, 1980 y 2000) han au-

mentado en forma importante las actuaciones del notario, especialmente por lo que se refiere a las actas notariales y los asuntos extrajudiciales. Existe una tendencia, no solo en México sino en algunos países de notariado latino, de ampliar la competencia notarial. “Lo cierto es que no hay razón para limitar la actuación notarial a la esfera comercial y que puede ser y es utilísima la aplicación de la fe notarial al campo de los hechos jurídicos, que entre otras cosas evita la creación de un nuevo órgano para ello” (ÁVILA ÁLVAREZ).

En los países *iberoamericanos*, la idea es de una franca apertura a la atribución notarial en cuestiones no contenciosas. Por ejemplo, en Colombia el nuevo sistema judicial tenía como aspiración el dejar en manos del juez lo que es materia de litigio. Donde no hay contención, las cosas se pueden arreglar por acuerdos privados con intervención notarial. En Puerto Rico la competencia de asuntos no contenciosos puede hacerse en sede notarial que es concurrente con la de los tribunales. En Quebec la legislación de procedimiento civil regula lo que denomina no contencioso y señala lo que se tramita ante el tribunal o ante notario. En la *Unión Europea* la tendencia actual es ir atribuyendo al notario competencias propias de la jurisdicción no contenciosa. En Alemania los notarios son competentes para proceder con relación al contrato de herencia y actuar como mediador en las particiones sucesorias o de comunidades; en Austria pueden intervenir en la apertura de la sucesión, venta en subasta de bie-

nes muebles e inmuebles y la formalización de inventarios (*cfr.* PLANELLS DEL POZO).

“Estudiando la función judicial, había de beneficiar a la administración de justicia civil una poda a las misiones y tareas demasiado recargadas y, muchas veces, relativas a materias no contenciosas que se imponen, sin necesidad, a los jueces. Nuestras leyes civiles, así la sustantiva como la adjetiva, encargan a los jueces una enorme suma de tareas típicamente notariales, y que al Notario deben volver. Son actos que corresponden a la fisiología del Derecho, es decir, diligencias rituales que, en la mayor parte de las veces, no producen controversias. Y, si no las producen, por qué entregarlas a los jueces que no están instituidos para levantar actas, sino para dirimir contiendas” (CASTÁN TOBEÑAS).

“Parece cosa muy lógica pretender que se sustraiga al conocimiento de los jueces los actos considerados como propios de de la jurisdicción voluntaria” (GIMÉNEZ ARNAU). En conclusiones de algunos Congresos de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL) se ha señalado la necesidad de que el notario amplíe su competencia en los asuntos de jurisdicción voluntaria. “La Comisión auspicia y recomienda que al notariado le sean encomendadas por los diversos ordenamientos nacionales las más amplias funciones en el ámbito de la tradicionalmente denominada *jurisdicción voluntaria o no contenciosa*, respetando la naturaleza de la función notarial” (XX Congreso de la UINL celebrado en Cartagena de Indias en 1992).

¿Cuáles actuaciones de *jurisdicción voluntaria* deben ser solo de competencia notarial? “En concreto, proponemos las siguientes: las informaciones *ad perpetuam* para justificar hechos y acreditar derechos, para acreditar residencia, dominio de construcciones, posesión de un derecho real; cambio voluntario de nombre; procedimiento voluntario de apeo y deslinde; constitución y extinción del patrimonio familiar; liquidación de sociedad conyugal y modificación de capitulaciones matrimoniales; las sucesiones testamentarias, intestadas y nombramiento de albacea en sucesiones sin conflictos ni menores” (ARREDONDO GALVÁN).

“Las ventajas de que estos actos de jurisdicción voluntaria se hagan ante notario son: aprovechar la infraestructura de las oficinas notariales; utilizar la experiencia y capacidad jurídica de los notarios; se logra un procedimiento más rápido, más simple y más barato; se facilita a los ciudadanos mayor acceso a la seguridad jurídica; se aumenta la presencia del *derecho preventivo*; se abate el costo de la justicia a cargo del Estado; se traslada el costo del procedimiento a los particulares; se garantiza un costo razonable a través de los aranceles notariales; y, se refuerza la función jurisdiccional del Estado” (ARREDONDO GALVÁN). “No habrá pues daño, sino ventajas, en confiar a los notarios estos expedientes. En todos ellos, el particular saldría ganancioso, porque la Notaría es más diligente, más flexible, más acogedora que el juzgado” (CASTÁN TOBEÑAS).

La Ley del notariado del año 2000 amplió la

competencia notarial en asuntos llamados de jurisdicción voluntaria, como: “en las sucesiones, en la celebración y modificación de capitulaciones matrimoniales, disolución y liquidación de sociedad conyugal, y en las informaciones *ad perpetuam*, apeos y deslindes y demás diligencias, excepto las informaciones de dominio” (art. 166). Una reciente reforma al C.c. prevé que, ante notario, una persona pueda designar a su tutor “cautelar” para su propia incapacidad.

XXII. ACTIVIDAD DEL NOTARIO

“La actividad del notario consiste en escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento. En todas estas etapas de la actividad del notario debe caracterizarlo su veracidad, imparcialidad, espíritu conciliador, discreción en los secretos recibidos, equidad en el cobro de honorarios, preparación técnica y jurídica, desempeño personal y cumplimiento de las demás normas éticas y jurídicas” (PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO).

“Este quehacer profesional del notario es el más difícil de desempeñar; requiere experiencia que solo el diario contacto con el hecho puede dar, pide también una sólida formación jurídica y autoridad moral para lograr que las partes se sometan a su consejo que en ocasiones es o parece contrario a la voluntad primitiva de los que solicitan su intervención” (CARRAL Y DE TERESA).

En la *actividad del notario*, como fedatario y como profesional del derecho, se pueden distinguir las siguientes formas de actuación:

a) Como notario redacta y autoriza actos de particulares que hace constar en su protocolo, que se denominan *escrituras*, especie del instrumento público, y que la Ley del notariado define como “el original que el notario asienta en folios, para hacer constar uno o más *actos jurídicos* y que firmado por los comparecientes, el Notario autoriza con su sello y con su firma” (art. 100). Las escrituras más usuales en la función notarial son: compraventas, donaciones, mutuos, hipotecas, poderes, testamentos, fideicomisos, constitución de asociaciones, sociedades y otras.

b) Es *fedatario* de hechos jurídicos, algunos de los cuales pueden llevar a cabo en forma concurrente los jueces o los corredores públicos. Estos hechos los hace constar en un *acta notarial*, la otra especie del instrumento público, que la Ley del notariado define como “el instrumento público original en el que el Notario, a solicitud de parte interesada, relaciona, para hacer constar bajo su fe, uno o varios *hechos* presenciados por él o que le consten, y que asienta en los folios del protocolo a su cargo con la autorización de su firma y sello” (art. 125). Algunos de estos hechos son: notificaciones, interpelaciones, protestos de documentos mercantiles; la existencia e identidad de personas; el reconocimiento de firmas en documentos; hechos materiales; la entrega, protocolización o existencia de documentos; las declaraciones de una o más personas; el reconocimiento de firmas

y ratificación del contenido de documentos; y “toda clase de hechos, abstenciones, estados y situaciones que guarden las personas y cosas que puedan ser apreciadas objetivamente” (art. 128).

c) Interviene en asuntos llamados de *jurisdicción voluntaria*, en los que tiene competencia concurrente con la de los jueces. En estos casos, el notario lleva a cabo actos imparciales distintos a la función propiamente notarial, pues son funciones que originalmente pertenecen a los tribunales judiciales. El notario actúa como fedatario y estos actos constan como instrumentos públicos en su protocolo. Estos *asuntos extrajudiciales* “se consideran susceptibles de conformación por el notario, mediante el ejercicio de su fe pública” e incluyen aquellos “actos en los que haya o no controversia judicial, los interesados le soliciten haga constar bajo su fe y asesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate” (art. 166 LN). Ejemplo de estos actos son, entre otros, los trámites ante notario de sucesiones testamentarias e intestadas.

d) Finalmente, como *profesional del derecho*, sin el carácter de fedatario y sin actuar en su protocolo, el notario puede ser abogado de causas propias o familiares y también puede desempeñar cargos académicos y docentes, de beneficencia pública o privada, de colaboración ciudadana y los que desempeñe gratuitamente a personas morales con fines no lucrativos. También puede ser: tutor, curador, albacea, miembro del consejo de administración, comisario o secretario de sociedades o asociaciones, *árbitro* o secretario en juicio

arbitral, mediador jurídico, *mediador o conciliador* (art. 33 LN).

En los tres primeros supuestos, el notario desarrolla su función propiamente notarial, como asesor y fedatario, mediante la redacción y autorización de los instrumentos públicos que hace constar en su protocolo. “El notario es el responsable del contenido del documento” (DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ). Esta actuación *exclusiva* de los notarios es la que se comprende en la función notarial que está sujeta a la Ley del notariado.

“El *Derecho notarial* sólo regula aquellas formas escritas en las que interviene un funcionario público. Es derecho documental y, más específicamente, derecho instrumental, porque es en el instrumento donde culmina la actividad notarial, a tal grado que la actividad que desarrolla el Notario fuera del documento es extraña al Derecho notarial” (ARCE Y CERVANTES).

XXIII. LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Como auxiliar de la administración de justicia, el *notario* puede intervenir en procedimientos de solución de controversias de diferentes maneras. En unos casos actuará como fedatario y asesor y sus actos constarán en el protocolo; en otros, solamente intervendrá como profesional del derecho.

Cuando el notario ejerce como profesional del derecho en una actividad que es ajena al Derecho

notarial, su actuación está sujeta a las disposiciones aplicables a la actividad particular que desempeña y no necesariamente a la Ley del notariado. Por ejemplo, si es asesor o consultor, puede tener las obligaciones que derivan de un contrato de prestación de servicios, del Código civil y de las reglas éticas de colegios o barras de abogados; si el notario es árbitro o mediador, su función se rige por el Código de comercio, el Código de Procedimientos civiles o el Reglamento de Arbitraje o Mediación a que las partes hayan sometido su controversia.

XXIV. PERITAJE JURÍDICO

El notario puede ser *perito* de cuestiones jurídicas en toda clase de procedimientos judiciales o arbitrales, en México o en el extranjero “emitiendo dictámenes objetivos” (art. 33 fracc. V de la LN). Las materias que se le consulten serán, generalmente, cuestiones relacionadas con su labor notarial: inmobiliarias, sucesorias, de sociedades, formalidades de un acto jurídico; o, cuestiones jurídicas más generales como interpretación de un contrato o de normas jurídicas, responsabilidad civil, validez de algún acuerdo. Si el notario es perito en cuestiones jurídicas, en un juicio o en un arbitraje, esto no lo convierte en parte de la contienda, ni lo hace juez o árbitro con facultades para decidir la controversia. El notario actúa como profesional del derecho en su carácter de consultor o asesor, no como fedatario.

XXV. NOTIFICACIÓN Y FE DE HECHOS

El notario puede intervenir en *notificaciones* de actos relacionados con una mediación o un arbitraje, como por ejemplo: notificar el inicio de una mediación o de un arbitraje, entregar documentos relativos a un procedimiento arbitral como la demanda, la contestación de demanda, las pruebas, los alegatos o el laudo. También, en su actividad notarial puede hacer constar una *fe de hechos* relacionados con un arbitraje, documento que será prueba en el procedimiento arbitral. Estos actos los hace el notario como parte de su función notarial, constan en su protocolo y se rigen por la Ley del notariado. El notario no puede intervenir en notificaciones, fe de hechos y diligencias de un proceso en las que el mismo es conciliador, árbitro o secretario de arbitraje, pues faltaría a su deber de imparcialidad como notario y como árbitro.

XXVI. EL NOTARIO Y LA MEDIACIÓN

La LN autoriza expresamente al notario a ser “mediador jurídico” y “mediador o conciliador” (art. 33 fracs. VII y VIII). Puede intervenir de diversas maneras en una *mediación o conciliación*. Por ejemplo, como profesional del derecho, mediante el asesoramiento y redacción del acuerdo y las reglas de un procedimiento de mediación; o al ser designado por las partes o por una institución ad-

ministradora como conciliador, para auxiliar en la solución de una controversia y, eventualmente, proponer una solución no obligatoria para las partes. Como *notario* puede ratificar un acuerdo de conciliación redactado por las partes o un tercero; o hacer constar el convenio en su protocolo, como escritura pública. En estos casos la formalización le da al acuerdo el carácter y efectos de un instrumento notarial.

“Muchas veces se solicita al notario que funja como mediador en caso de que exista conflicto, sin que su decisión vincule a las partes. Asimismo, la Asociación Nacional del Notariado Mexicano y el Colegio de Notarios del Distrito Federal hacen las veces de mediador, tratando de avenir al cliente con el notario cuando aquél considera que el fedatario se condujo con negligencia” (PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO).

El término “*mediador jurídico*” que utiliza la Ley del notariado se refiere a la función que tiene el notario como “conciliador de intereses” a través de un asesoramiento imparcial, que tiene como fin preparar un instrumento público que las partes estén de acuerdo en otorgar.

XXVII. SECRETARIO EN PROCEDIMIENTOS ARBITRALES Y JUDICIALES

En algunos arbitrajes, si las partes y el tribunal arbitral están de acuerdo, se puede designar a

un *secretario*. Por lo general, al secretario le corresponde apoyar el arbitraje administrativamente, recibir escritos de las partes, expedir copias y enviar comunicaciones de trámite. El secretario no es asistente jurídico del árbitro y no interviene en la decisión de la controversia.

La Ley del notariado permite que el notario puede ser *secretario* en un juicio arbitral (art. 33 fracc. IV) y el CPC establece: “cuando hay árbitro único, las partes son libres de nombrarle un *secretario*. Cuando fueren varios los árbitros, entre ellos mismos elegirán al que funja como *secretario*” (art. 621). Este ordenamiento dispone, además, que el notario puede ser secretario en un juicio ante tribunales civiles para un específico juicio en el que lo designan las partes, como en procedimientos de jurisdicción voluntaria, testamentarias e intestados (art. 68).

XXVIII. NOTARIO Y ARBITRAJE

Sobre la posibilidad de que el notario intervenga en procedimientos arbitrales, la Ley del notariado de 1901 para el Distrito Federal no contenía mención alguna. Las leyes de 1932, 1946 y 1980 expresamente permiten que el notario pueda “ser árbitro o secretario en juicio arbitral”. La vigente Ley del notariado del año 2000, autoriza al notario a intervenir, no solo en procedimientos arbitrales, sino en otros medios de solución de controversias (art. 33); contempla al arbitraje para casos de res-

ponsabilidad colegial que conoce la Comisión de Honor y Justicia del Colegio de Notarios (art. 224) y permite a éste actuar como administrador de arbitrajes y ser árbitro (art. 249 fracc. XXVI).

“El notario en el desempeño de su función debe ser *imparcial*. La ley, para liberarlo de presiones que comprometen su función le señala las compatibilidades e incompatibilidades” (PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO). Así, la Ley del notariado establece: “queda prohibido a los notarios: actuar con parcialidad en el ejercicio de sus funciones y en todas las demás actividades que esta ley le señala” (art. 45). En aquellas actividades en las que puede haber alguna duda sobre su imparcialidad, la ley señala que: “el notario *sí podrá*:... IV. Ser *árbitro* o secretario en juicio arbitral; V. Ser mediador jurídico; VI. Ser mediador o conciliador; VII. Intervenir, patrocinar y representar a los interesados en los procedimientos judiciales en los que no haya contienda entre particulares, así como en trámites y procedimientos administrativos;... y IX. Actividades semejantes que no causen conflicto ni dependencia que afecte su dación de fe y asesoría imparcial” (art. 33).

Cuando el notario actúa como árbitro, no se desprende de las cualidades personales que le corresponden como notario y que puede ser la razón por las que ha sido designado, pues “la profesión notarial es indudablemente de aquellas que mayor grado de moralidad exige” (CARRAL Y DE TERESA). “El notario debe ser una persona íntegra que observe cualidades de prudencia, discreción, ecuanimidad, claridad y mediación” (RÍOS HELIG).

“Es el escribano —dice Miguel de Cervantes— persona pública, y el oficio del juez no se puede ejercitar cómodamente sin el suyo. Los escribanos han de ser libres, y no esclavos, ni hijos de esclavos; legítimos, no bastardos, ni de ninguna mala raza nacidos. Juran de secreto, fidelidad y que no harán escritura usuraria; que ni amistad, ni enemistad, provecho o daño les moverá a no hacer su oficio con buena y cristiana conciencia” (El licenciado Vidriera).

La Ley del notariado no regula la actuación del notario como árbitro sino solamente la autoriza. Las disposiciones de esta ley no son aplicables a la actuación del notario como árbitro, pues no es parte de la función notarial. Sin embargo, como *árbitro*, el notario debe ajustar su actuación con los *principios* generales de comportamiento que determina dicha ley, pues algunos son aplicables a la profesión de abogado y al arbitraje. El notario que es árbitro “debe conducirse conforme a la prudencia jurídica e imparcialmente” (art. 26) y actuar con “profesionalidad, independencia y autonomía” (art. 27); debe respetar el principio de libertad de elección de notario (*o árbitro*), en beneficio de la imparcialidad en la relación con las partes y de la ética de la función notarial (art. 29); “no debe aceptar más asuntos que aquellos que pueda atender personalmente” (art. 30) y debe guardar secreto profesional (art. 228 fracc. II).

El *Código de Ética del notariado del Distrito Federal* contiene *principios* que resultan aplicables a la actuación del notario como árbitro. Así, “son deberes generales de los notarios: actuar siempre

con absoluta justicia, honestidad, veracidad, imparcialidad, independencia, lealtad, dignidad, hacerlo personalmente y con atingencia, preparación, calidad profesional, independencia, discreción, reserva y secreto” (art. 2º).

Los *Principios de Deontología de la Unión Internacional del Notariado Latino* señalan que: “en la prestación de su ministerio el notario debe mantener una posición equidistante respecto a los diferentes intereses de las partes y debe buscar una solución equilibrada e inequívoca que tenga como único objetivo preservar la seguridad común” (art. 9.2). Aplicable a toda actividad del notario, tanto en su función notarial como en la de jurista, los mismos Principios dicen que: “el notario debe ejercer su actividad profesional con competencia y preparación adecuada y, particularmente, las funciones esenciales de interpretación y aplicación de la ley. El notario debe, en particular, procurar constantemente estar al día en su preparación profesional, aplicándose a ello tanto personalmente como a través de la participación en las iniciativas previstas por los órganos colegiales”.

El notario puede ser designado árbitro único por las dos partes, puede ser coárbitro nombrado por una de las partes o por dos árbitros previamente elegidos por las partes. También puede ser elegido por una institución administradora de arbitraje o por un juez. El notario es libre de aceptar o no la designación.

El *notario* puede participar como árbitro o secretario de un procedimiento arbitral de cualquier

clase y materia que éste sea, es decir, puede ser: un arbitraje *ad hoc* o institucional; civil o mercantil; doméstico o internacional; y, el tribunal arbitral puede tener facultades para decidir la controversia en estricto derecho o en equidad (amigable componedor).

XXIX. NOTARIO Y ACUERDO ARBITRAL

Los *instrumentos notariales* pueden incluir un acuerdo arbitral, ya sea porque las partes así lo soliciten, o porque lo sugiera el notario. Esto puede hacerse tanto en la escritura en la que el notario es el autor del texto que consta completo en el protocolo, como en el documento redactado por las partes que contiene un acuerdo arbitral y que se ratifica en acta notarial. También puede el notario hacer constar en su protocolo un convenio cuyo único contenido sea un acuerdo de arbitraje: cláusula o compromiso arbitral. En todos estos casos, el notario está sujeto a la Ley del notariado y debe cumplir con los deberes que para estos casos le señala ésta ley. Así, el notario debe: *a)* analizar el contenido del acto que se otorga ante su fe, ver su legalidad, pues “no debe ejercer sus funciones si el objeto, el motivo —expresado o conocido por el notario—, o el fin del acto es contrario a la ley o a las buenas costumbres”; *b)* determinar “si el objeto del acto no es física o legalmente imposible” (art. 46 fracc. VIII); *c)* no puede protocoli-

zar un “documento cuyo contenido sea contrario a las leyes del orden público o a las buenas costumbres” (art. 137); *d*) asegurarse de la identidad de las partes y explicar a éstas el contenido y alcance del instrumento (art. 102 fracc. XX); y, *f*) acreditar “la personalidad de quien comparezca en representación de otro o en ejercicio de un cargo” (art. 102 fracc. XVI).

“Las operaciones que se otorgan mediante el instrumento público tienen como ventajas: *a*) tener una fecha cierta de la operación; *b*) una clara identificación de las partes contratantes; *c*) análisis notarial de la licitud de la operación; *d*) ser un documento válido, auténtico y eficaz para fines de publicidad o inscripción en los registros correspondientes; *e*) tener un documento que es un título eficaz para la ejecución” (*cf.* las conclusiones del XXI Congreso de la UINL, Berlín 1995). Hay que añadir que el notario conserva el documento y puede reproducirlo sin que sea alterado por terceros.

XXX. EL ACUERDO ARBITRAL EN INSTRUMENTOS NOTARIALES

De los actos jurídicos que generalmente se otorgan ante notario, ya sean como escrituras o actas, la gran mayoría contiene acuerdos que involucran intereses particulares y admiten la posibilidad de incluir una cláusula arbitral para prevenir la solución de futuras controversias. Los actos

notariales en los que se puede incluir una cláusula arbitral son:

a. La compraventa y la donación respecto a futuras controversias entre las partes.

b. El mutuo con o sin con garantía hipotecaria, el reconocimiento de adeudo y la constitución de prenda.

c. La constitución de sociedades o asociaciones, pero solo respecto a los conflictos de los socios entre sí, pero no para controversias en que la sociedad sea parte, pues ésta nace por efecto de este contrato social y no tiene, en ese momento, personalidad.

d. La modificación de estatutos de una sociedad o asociación para conflictos de socios entre sí o con la sociedad, siempre que ésta última sea parte del acuerdo y conste por escrito.

e. La protocolización de actas de asamblea, si la cláusula arbitral se contiene en el acta que se protocoliza. Por ejemplo, los casos de fusión, transformación, escisión o reforma a estatutos. También en la protocolización de actas del órgano de administración.

f. El poder notarial de persona física o persona moral que se otorga únicamente por el poderdante o el mandato en que concurren mandante y mandatario.

g. La constitución y modificación de toda clase de fideicomisos: traslativos de dominio, de garantía, de administración o de otra índole.

h. “En un testamento el testador puede nombrar un árbitro para el caso de que exista un conflicto entre los herederos” (PÉREZ FERNÁNDEZ DEL

CASTILLO). Sin embargo, me parece que no es aplicable en lo relativo al nombramiento de herederos, legatarios o albaceas, pues esta materia es de orden público y, por tanto, no arbitrable.

i. En la escritura relativa al reconocimiento de herederos y legatarios, así como a la protocolización de inventarios y avalúos, proyecto de participación y adjudicación, en los que el arbitraje se dará “por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia” (art. 10 de la Ley de Arbitraje española).

XXXI. IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO CUANDO ES ÁRBITRO

“El notario debe comportarse con imparcialidad e independencia en cada manifestación de su profesión, evitando toda influencia de tipo personal sobre su actividad y toda forma de discriminación cara a sus clientes” (Principios de Deontología de la UINL). La imparcialidad es un principio que rige la actuación para el notario que le impone una determinada actitud. En determinados casos tipificados, el Notario estará obligado a no intervenir, ni autorizar el acto o el contrato.

La *imparcialidad notarial* tiene dos criterios, el subjetivo y el objetivo. “El aspecto subjetivo de este precepto, consiste en que se ha dejado al solo criterio del notario, juzgar cuando una circunstancia es suficiente para excusarse. El criterio objetivo, trabaja de diferente manera, pues basta

que sucedan los hechos comprendidos en la norma, para *tipificar la violación*" (FRANCISCO DE P. MORALES).

La Ley del notariado señala: "está prohibido a los notarios: I. Actuar en asuntos que se les encomiende, si alguna circunstancia les impide atender con imparcialidad" (art. 35). En estos casos, depende del notario "considerar si tendrá o no imparcialidad en su actuación de manera independiente de lo que lo circunscriba, y la prueba de su incumplimiento debe sustentarse en criterios estrictamente objetivos" (RÍOS HELLIG).

Los Congresos de la UINL se han ocupado del tema de la *imparcialidad notarial* y han señalado en sus conclusiones lo siguiente. "La imparcialidad del notario, en toda su actividad es el fundamento del notariado latino, y protege no sólo a los intervinientes en el acto sino también a los terceros. La imparcialidad implica un estricto respeto al principio de legalidad y exige una labor de asesoramiento e información íntegra y global, y, también, de consejo. La imparcialidad debe estar estrictamente garantizada por el ordenamiento jurídico. Es necesario un adecuado marco de incompatibilidades y prohibiciones de ejercicio. La imparcialidad exige una sólida formación jurídica del notario. La imparcialidad del notario lo convierte en el operador jurídico ideal para intervenir en la prevención y la resolución no judicial de las controversias. En este sentido distingue al notariado de las demás profesiones jurídicas, en especial de la abogacía" (Conclusiones del XXIV, México, 2004). "Gran parte de las legislaciones que

regulan el ejercicio de la función notarial destacan, expresa o tácitamente, el deber de imparcialidad del notario, quien tiene el deber de informar a los otorgantes de los efectos jurídicos que derivarán del acto o contrato que va a llevar a cabo. La imparcialidad del notario comporta, asimismo, el deber de aconsejar a las partes sobre los medios más idóneos, para conseguir jurídicamente los fines prácticos que se preponen al contratar, o al otorgar el acto jurídico de que se trate” (Conclusiones del XVI Congreso, Lima, 1982).

Es importante notar que la imparcialidad que tiene el notario en su cotidiana función notarial es diferente a la que tiene cuando actúa como *árbitro*. En los dos casos, como notario y como árbitro, debe tratar a las partes como iguales, no puede “actuar con parcialidad” al ser notario (art. 45 LN) y, cuando es árbitro, “debe tratar a las partes con *igualdad* y dar a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos” (1434 del C. de c.).

La diferencia radica en que el notario, en su *función notarial*, “es en primer lugar un asesor jurídico calificado, que aconseja y orienta imparcialmente a los interesados” (DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ). Tiene el deber de asesorar a las partes y de informar sobre los actos jurídicos más idóneos a los fines que persiguen; además, debe explicar el “valor, las consecuencias y alcance legales del contenido de la escritura” (art. 102 fracc. XX d). Como *árbitro*, el notario no puede asesorar o informar a las partes, pues esto significa involucrarse en la contienda a favor de alguna de ellas; debe

siempre ser independiente y mostrar las cualidades de un juzgador imparcial.

¿Es posible que el notario actúe como árbitro en los contratos y actos jurídicos que constan en su protocolo? Se ha opinado que: “el notario puede actuar y ser nombrado árbitro en un instrumento autorizado por él o por otro, pues no existe, en principio, ninguna circunstancia que lo inhabilite por parcialidad”, ya que no se encuentra en los supuestos de las causas de recusación que para los jueces establece el Código de procedimientos civiles (*cf.* PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO). Otra opinión señala que, “si bien es cierto que el notario es el autor del instrumento, también lo es que en su concepción, preparación e instrumentación, se condujo con absoluta objetividad e imparcialidad y cuidó que el mismo satisficiera todos los requisitos legales; los derechos y las obligaciones que nacen de los contratos otorgados ante él y de los cuales da fe, no son suyos, él no es parte en los mismos” (FIGUEROA MÁRQUEZ).

Considero que el notario está *impedido* para llevar como árbitro asuntos en los que participó como notario, pues esta circunstancia puede “dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia” (art. 1428 C. de C.). La Ley del notariado dispone que “queda prohibido a los notarios: dar fe de actos, hechos o situaciones con respecto a los cuales haya actuado previamente como abogado” (art. 45 fracc. V). Con la misma razón legal —*a contrario sensu*— no puede el notario ser árbitro en aquellos asuntos en que tuvo alguna actuación como notario. Por tanto, no es reco-

mendable que juzgue de controversias relacionadas con instrumentos públicos otorgados ante su fe, pues se convierte, en cierto modo, en juez y parte al tener que juzgar sobre actos propios y se rompe el principio de imparcialidad. Por ejemplo, ¿que sucede si como árbitro se le plantea la nulidad de un instrumento notarial otorgado ante él, por causas relativas a la forma o imputables al notario? Si las dos partes son sus clientes y lo eligen como árbitro, aún en ese caso es recomendable que se excuse, pues tiene conflicto de intereses ya que resolverá a favor de una parte y en contra de otra.

XXXII. CONFIDENCIALIDAD DEL NOTARIO

La Ley del notariado señala que: “cada Notario en su ejercicio deberá guardar *secreto profesional* respecto de los asuntos que se le encomienden” (art. 252). Dicen los Principios de Deontología de la UINL que: “en el ejercicio de sus actividades bajo cualquier tipo de relación, el notario está obligado a respetar el secreto profesional respecto de la materia de que haya tenido conocimiento en el curso de la intervención que le hay sido solicitada, tanto a lo largo de su intervención como después.” En las conclusiones de Congresos de la UINL se ha señalado que: “el notario ejerce sus funciones públicas de manera imparcial, guardando *secreto profesional*” (Conclusiones del XXI Congreso, Berlín 1995).

XXXIII. ASUNTOS MÁS APROPIADOS PARA EL NOTARIO

Sin que sea una regla general, los asuntos de arbitraje más apropiados para el *notario* como experto de Derecho privado son aquellos con los que está más familiarizado por su función notarial como son: contratos, inmuebles, sociedades, algunos aspectos sucesorios. Considero que es materia arbitral apropiada al notario los siguientes asuntos:

a) En materia *contractual*: lo referente a la interpretación de un contrato o algunas de sus cláusulas, su cumplimiento o incumplimiento, la pena convencional o la responsabilidad de las partes.

b) Sobre *inmuebles*: la validez de un título de adquisición, cuestiones relativas a su transmisión, a su uso, gravámenes, limitaciones de dominio, servidumbres, superficie y linderos.

c) *Contratos específicos* como son: promesa de contrato, compraventa, donación, mutuo, contratos bancarios, mandato, prenda, hipoteca, fideicomiso, asociación en participación.

d) En materia *sucesoria*: los conflictos entre herederos, legatarios y albacea, ya sea porque exista una cláusula arbitral en el testamento, o porque las partes en conflicto celebren un compromiso arbitral.

e) Sobre *sociedades* o derecho corporativo: conflictos entre socios en asociaciones y sociedades civiles y mercantiles; conflictos de socios con la

sociedad o sus órganos y representantes; nulidades de resoluciones de asambleas o del órgano de administración. Como referencia, en un Convenio de colaboración sobre arbitraje entre Cámaras de comercio y notarios españoles se dice que: “las controversias entre socios, o entre estos y los administradores o representantes, son los conflictos más comunes que surgen en las sociedades. Los notarios como expertos juristas en Derecho privado, imparciales e independientes y, debido a su implantación en toda la geografía española pueden prestar un notable servicio actualmente como árbitros” (Madrid, 22 de noviembre del 2001).

En principio, no hay impedimento para que el notario sea árbitro en controversias de asuntos no relacionados con su cotidiana actividad notarial, como contratos de obra, contratos financieros, asuntos de franquicias, de seguros, marítimos, aeronáuticos, mineros, etc. Es probable, también, que por su labor como notario, los *asuntos* que se le encomienden como árbitro sean más bien domésticos y no de una gran complejidad como arbitrajes internacionales, multipartes o que involucren a entidades públicas o Estados, y que puedan suponer desatender sus funciones notariales. Hay que recordar que “el notario moderno es el heredero más directo del jurista romano. Su labor no es la de un abogado, que interviene principalmente en el momento en que va a plantearse un litigio, sino la del consejero de las familias y el modelador de los negocios jurídicos” (CASTÁN TOBEÑAS).

XXXIV. PROCEDIMIENTO ARBITRAL Y NOTARIO

El notario puede aceptar ser árbitro en procedimientos arbitrales que tengan una sede diferente a su *competencia notarial*, pues no ejerce su función notarial, sino que actúa como profesional del derecho y, por tanto, no le es aplicable la Ley del notariado respecto a competencia o jurisdicción.

La *actitud* del notario frente a las partes en su función notarial es diferente a la que tiene en un asunto de arbitraje. Las partes de un contrato o un acto que se otorga notarialmente buscan del notario su consejo, que interprete su voluntad, las asesore, formalice y dé fe del acto, para obtener un instrumento notarial dotado de eficacia y legalidad. En cambio, las partes de un arbitraje son partes de un litigio, tienen intereses encontrados y buscan al notario como un profesional del derecho que va a dirimir su controversia. A diferencia de su imparcialidad en la función notarial, que exige asesoramiento a las partes, el notario cuando es árbitro no puede orientar o aconsejar a las partes, solo debe permitir que, en igualdad de circunstancias, éstas le planteen su caso.

El *desarrollo de un arbitraje* en el que el árbitro es un notario se hace con las mismas circunstancias que cualquier arbitraje, ya que actúa como profesional del derecho. El notario debe, por tanto, despojarse de su calidad de fedatario y ninguno de sus actos como árbitro pueden constar en el protocolo a su cargo, pues además de que no es

necesario, tiene impedimento para hacerlo. Sin embargo, nada impide que utilice para el procedimiento arbitral sus propias instalaciones, los medios materiales y el personal que usualmente le asiste en el ejercicio de su función como notario.

Considero que algunos de los *consejos* que Miguel Fernández Casado da a los notarios para la elaboración de las actas notariales, constituyen valiosas reglas que deben normar la conducta del notario cuando es árbitro. Estos son:

a) debe proceder con la imparcialidad más absoluta;

b) el notario no debe aseverar hechos de que no esté absolutamente cierto;

c) el notario no debe confundir los efectos con las causas;

d) el notario no puede obrar sino en virtud de requerimiento de persona capaz;

e) el notario no debe hacer cosa alguna que lastime su decoro profesional.

XXXV. PREPARACIÓN DEL NOTARIO COMO ÁRBITRO

El hecho de que la Ley del Notariado contemple la posibilidad de que un notario sea mediador, árbitro o secretario de un procedimiento arbitral, no lo hace capaz de realizar diligentemente una labor de esta naturaleza. Como en las otras materias de su función notarial, el notario debe procurar estar al día en su preparación profesional y estudiar la materia arbitral mediante cursos, bibliografía ade-

cuada y consultas a expertos. Por ejemplo, puede acudir a instituciones administradoras de arbitrajes que tienen información disponible y actualizada sobre temas de arbitraje.

XXXVI. COLEGIO DE NOTARIOS Y ARBITRAJE

Señala la Ley del notariado que: “el Colegio de Notarios del Distrito Federal, Asociación Civil, es un medio necesario para el cumplimiento de la garantía institucional del notariado... los notarios del Distrito Federal estarán agrupados en un único Colegio, que es el Colegio de Notarios del Distrito Federal, Asociación Civil, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que ejercerá para el notariado y para las autoridades correspondientes, las facultades de representación, organización, gestión, intervención, verificación y opinión que esta ley le otorga” (art. 248). Entre sus facultades y atribuciones está: el “actuar como administrador de arbitraje, árbitro, conciliador y mediador para la solución de controversias entre particulares; para tal efecto podrá designar, de entre sus agremiados, a quienes realicen tales funciones” (art. 249 fracc. XXVI).

Aunque el Colegio de Notarios tiene facultades y atribuciones para vigilar la función notarial, defender a sus miembros, realizar visitas institucionales a los notarios, vigilar la disciplina de sus asociados y aplicar medidas disciplinarias y sanciones (art. 249 LN), no puede intervenir respecto a

la actuación del notario como árbitro, pues esta actividad no la hace el notario como parte de su función notarial, sino como profesional del derecho independiente y, en este sentido, no le son aplicables las disposiciones y sanciones de la Ley del notariado.

Los Colegios de Notarios pueden tener un papel importante en el desarrollo del arbitraje en el notariado. El Colegio “es un organismo ideal para administrar arbitraje institucional. Es importante que los notarios participemos en el arbitraje como una función casi inherente a la propiamente notarial. El Colegio de Notarios debe ser un instrumento para tal fin” (PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO). Es conveniente que los Colegios de Notarios de la República Mexicana celebren convenios con algunas de las instituciones administradoras de arbitraje, como la CANACO o el CAM, para que algunos de sus agremiados sean incluidos como personas recomendables para ser árbitros en procedimientos arbitrales institucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCE Y CERVANTES, José, *La autonomía del Derecho Notarial*, Revista Mexicana de Derecho, núm. 7, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2005.
- ARREDONDO GALVÁN, Francisco Xavier, *La intervención del notario en algunos procedimientos de jurisdicción voluntaria*, en *Revista Mexicana de Derecho*, núm. 1, Colegio de Notarios del Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 1999, pp. 165-197.
- ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro, *Derecho Notarial*, sexta edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1986.
- AZAR MANSUR, Cecilia, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Breviarios Jurídicos, núm. 11, Editorial Porrúa, México, 2003.
- AZAR MANSUR, Cecilia (coordinadora) y otros autores, *Manual de arbitraje comercial*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- BLACKBY, Nigel, *La cláusula y el compromiso arbitral*, Texto del autor de su conferencia impartida el 5 de noviembre del 2001 en el curso organizado por el Centro de Arbitraje de México.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis, *Derecho Notarial y Derecho Registral*, undécima edición, Editorial Porrúa, México, 1989.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946.
- Código de Ética del Notariado del Distrito Federal*, apro-

- bado en la Asamblea ordinaria de notarios celebrada el 8 de diciembre de 2005.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *El Colegio de Notarios del Distrito Federal*, Breviario 13, Colegio de Notarios del Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 2002.
- FERNÁNDEZ CASADO, Miguel, *Tratado de Notaría*, Dos tomos, Imprenta de la viuda de Minuesa de los Ríos, Madrid, 1895.
- FIGUEROA MÁRQUEZ, David, *La imparcialidad del notario, garantía del orden contractual*. Trabajo presentado por el notariado mexicano en el XXIV Congreso de la UINL (México, 2004), publicado en la *Revista de Derecho Notarial*, núm. 119, México, 2005, p. 135.
- GIMÉNEZ ARNAU, Enrique, *Introducción al Derecho Notarial Español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.
- GOMÁ SALCEDO, José Enrique, *Derecho notarial*, Editorial Dickinson, Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *El arbitraje comercial*, Editorial Themis, México, 2000.
- MORALES, Francisco de P., *El Notariado, su evolución y principios rectores*, 1ª ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1994.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho Notarial*, décima edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
- , *Doctrina Notarial Internacional*, primera edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
- , *El Colegio de Notarios como centro administrador de arbitraje*, en *Revista Mexicana de Derecho*, núm. 1, Colegio de Notarios del Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 1999, pp. 198-209.
- PÉREZNIETO CASTRO, Leonel, (compilador) y otros auto-

- res, *El arbitraje comercial*, Distribuciones Fontamara, México, 1999.
- PLANELLAS DEL POZO, Ma. Cristina, *Jurisdicción voluntaria en sede notarial*, artículo publicado en *Escribano*, Revista de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., núm. 25, agosto de 2002, pp. 14-17.
- Principios de Deontología de la Unión Internacional del Notariado Latino*, publicados en la *Revista Notarial*, núm. 120, marzo, 2006, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 2006.
- REDFERN, Alan and HUNTER, Martin, *Law and practice of International Commercial Arbitration*, second edition, Sweet & Maxwell, London, 1991.
- RÍOS HELIG, Jorge, *La práctica del Derecho notarial*, cuarta edición, McGraw Hill, México, 1999.
- RÍOS HELIG, Jorge, *Principios éticos en la Ley del notariado*, Breviario 6, Colegio de Notarios del Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 2001.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALÁDEZ, Carlos, *México ante el arbitraje comercial internacional*, Editorial Porrúa, México, 1999.