Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

# LA FUNCIÓN NOTARIAL PREVENTIVA DE LITIGIOS: EL CONSEJO, LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE NOTARIAL COMO UNO DE SUS INSTRUMENTOS

*Lic. Clemente Carvajo Arellano*

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 116, México, 2001.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La actividad del notario inicia desde el momento en que la persona que requiere los servicios notariales entra en contacto con el Fedatario; en infinidad de ocasiones esa persona narra a su manera que quiere realizar un acto jurídico, sin precisar qué clase de acto desea notarizar; es el notario, quien con la calidad de asesor, va moldeando paso a paso la voluntad que se le está expresando, para, finalmente encuadrarla en alguna de las figuras preexistentes en el mundo jurídico.

Para llegar a determinar la clase de acto que debe ejecutarse, el notario cuenta con conocimientos amplios definidos y concretos que necesita encontrarles coincidencia con lo expresado por quien ha acudido a su despacho, examina los elementos de existencia del acto y examina los elementos de validez del mismo, para a continuación crear un instrumento que sea eficaz y surta los efectos deseados por el consultante.

Si los conocimientos del notario son adecuados al momento en que resuelve la consulta, creará un instrumento eficaz y con fuerza que le otorga la ley; si por el contrario, el notario no se encuentra actualizado en sus conocimientos y por ignorancia omite algún requisito que ha cambiado por disposición legal, puede ocasionar con el instrumento creado, un verdadero documento ineficaz que puede dar al traste con las aspiraciones del consultante y en un momento dado, lo puede conducir hacia un litigio, que es precisamente lo que trata de evitarse con la intervención notarial.

El Notario como autor, como padre del documento, en todo momento debe poner su total atingencia para ser un verdadero asesor, preventor de controversias.

El abogado una vez que acepta patrocinar a su cliente, se encuentra obligado ética y legalmente a ir hasta sus últimas consecuencias al lado de los intereses de su referido cliente; por su parte, el notario por ser un fedatario del Estado, no inclinará sus preferencias hacia ninguna de las partes que ante él concurren, debe perma-



Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 116, México, 2001.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

necer imparcial y aconsejar lo mejor para ambas partes, haciendo coincidir la voluntad de ellos, con la ley.

Aquí nos encontramos tocando varios principios rectores del Notariado de tipo latino, ya que nos hemos referido a la ROGACIÓN desde el momento en que la actividad notarial solamente se pone en movimiento hasta que alguien acude ante el notario y le pide asesoramiento para "cerrar un trato" que tiene concertado sobre determinada situación a la que pretende darle forma. Este principio nos lleva a concluir que necesaria e ineludiblemente debe de existir la solicitud de algún interesado en la actividad notarial, oficiosamente no puede existir tal accionar; el notario pondrá sus pensamientos y todas sus facultades en estado de alerta, para captar adecuadamente los deseos de quienes solicitan sus servicios; el notario es un "Testigo de Calidad", quien espera que sucedan los hechos; al testigo común lo sorprenderán los hechos, y al Notario, por estarlos esperando, jamás lo sorprenderán pues está al acecho de ellos.

Una vez que ha escuchado las pretensiones de las partes y de irlas amoldando a las distintas facetas legales, entra en acción otro de los principios rectores del Notariado que es el de PROFESIONALIDAD. En principio, la función se encuentra encomendada a un perito en derecho, esto es, a una persona que acudió a una Institución Educativa, cumplió todo un programa preestablecido de estudios y satisfizo una serie de exámenes que lo acreditaron como apto para realizar la función. En la actualidad, me atrevo a decir que en la República Mexicana ya casi no se tiene acceso al Notariado por un acto gracioso del Ejecutivo Estatal en turno, sino que se hecha mano a los exámenes de oposición para adquirir primeramente la categoría de aspirante y posteriormente alcanza al Fíat. La función del notario está perfectamente reconocida como profesión en la Ley de Profesiones, que reglamenta el artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En virtud de la serie de requisitos de tipo legal que deben cubrirse para la obtención del Fíat, quienes logran la investidura de notario, se preocuparán cada día por situarse en una posición que les permita continuar siendo reconocidos con la calidad de excelencia que exige esta actividad. Al respecto cabe mencionar que un notario que se precie de ser reconocido como tal, no se contentará con obtener su patente y "echarse en sus laureles"; debe conducirse y prepararse como "verdadero profesional", resulta oportuno referirme al profesionista y al profesional, el profesionista es la



Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 116, México, 2001.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

persona que obtuvo un título académico que le permite desempeñar la profesión; en cambio, profesional, es la persona que desarrolla la actividad de la que hace su *modus vivendi,* con especial acuciosidad y con todo el empeño que cotidianamente lo aproximan a la perfección. No todos los profesionistas desempeñan su actividad con profesionalismo, solamente lo hacen quienes se preparan, se capacitan, "entrenan", día con día. Comúnmente oímos decir "este trabajo parece obra de profesionales" ellos no significa otra cosa que fue realizado por personas avezadas en lo que están haciendo, por personas altamente capacitadas o entrenadas para no cometer errores.

El notario tiene como único soporte la ley y por ello, no puede transgredirla de manera alguna. El notariado se origina en la Ley y no en los Ejecutivos Locales, no obstante que algunas leyes rimbombantemente así lo plasmen, como la de Guanajuato que menciona que la función notarial corresponde al Titular del Poder Ejecutivo. La Fe Pública le corresponde al Estado. Nadie puede dar algo de lo que carece; el Ejecutivo por sí solo no tiene Fe Pública, requiere ser auxiliado por su Secretario de Gobierno en todas sus actuaciones. Con todo esto no estoy haciendo otra cosa que referirme al Principio Rector de LEGALIDAD que obliga al notario estrictamente a actuar DENTRO de su ámbito de COMPETENCIA, esto es, no debe invadir actividades que se encuentren encomendadas por la LEY a otras personas como son las Autoridades Judiciales, administrativas, laborales, etc., ni debe invadir con su actividad, territorios que por LEY le están encomendadas a otro notario. Es muy frecuente que le pidan a un notario que acuda a "dar fe" que se va a abrir una casa que se encuentra abandonada por un arrendatario que se fue definitivamente dejándola cerrada y sin entregar la llave al arrendador; esta acción no le compete al notario, pues daría fe del ejercicio arbitrario del propio derecho por parte del arrendador y el propio notario puede verse inmiscuido en un acto ilegal.

También es necesario referirse a la disposición legal de que el notario DEBE DESEMPEÑAR SU FUNCIÓN EN LA NOTARÍA A SU CARGO Y DENTRO DE SU ADSCRIPCIÓN (artículo 27 de la Ley de Notariado del Estado de Guanajuato), y sin embargo, es muy frecuente la exigencia por parte de la autoridad (ya no se diga de bancos y fraccionadores que tienen sus matrices fuera de plaza), de hacer concurrir al notario al Palacio de Gobierno con su protocolo, a la firma de escrituras en las que interviene algún alto funcionario, esto va



Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 116, México, 2001.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

en contra de la ley; perfectamente se pueden delegar funciones por parte del Ejecutivo y demás funcionarios y servidores públicos, mediante mandatos otorgados y conferidos a favor de sus subalternos que siempre existen en todo el ámbito estatal. Recordemos que lo actuado fuera de los ámbitos de competencia MATERIAL y/o TERRITORIAL acarrea nulidades.

Obviamente como perito en derecho, el notario debe cuidar escrupulosamente que se cumplan TODAS las formalidades adjetivas y que se cumplan TODOS los requisitos legales que señalen TODAS las leyes.

El Notario como AUTOR del instrumento, plasma por escrito lo que las partes le van confiando; él y solamente él, es quien va moldeando las pretensiones de las partes escoge cuál figura jurídica coincide con lo que se le pide, enseguida asesora y explica los alcances legales del acto que él aconseja se realice y posteriormente lo redacta, por ello, a este principio rector se le denomina indistintamente de AUTORÍA o de REDACCIÓN. Por este principio, es que el Notario resulta y es RESPONSABLE conforme a derecho en cuatro áreas: 1. La ADMINISTRATIVA; 2. La FISCAL; 3. La CIVIL y 4. La PENAL.

Debemos retomar nuestro trabajo en el punto del principio de PROFESIONALIDAD y en el punto del principio de LEGALIDAD, para poder entender el rubro inherente a las responsabilidades enumeradas.

Mencione que el profesional del derecho investido de fe pública debe de actuar cuidando que se cumplan todas las formas prescritas por la ley, pues se supone que todo aquel que hace su *modus vivendi* de la actividad notarial, necesariamente está enterado de los cambios que van sufriendo las formas legales en que se plasman los actos que ante él van a plasmarse; pues bien, vamos a suponer que el Notario tiene un descuido y equivocadamente utiliza un formato distinto al previsto en la ley y la autoridad competente percibe tal violación, entonces aplicará administrativamente una sanción al Notario infractor; otro caso de responsabilidad administrativa lo podemos encontrar por violaciones a la Ley del Notariado en cualesquiera de sus disposiciones, por ejemplo, cuando no se dan con regularidad el servicio al público, permaneciendo cerrada la Notaría, en forma injustificada; cuando se actúe fuera de su adscripción; cuando se utilicen 2 sellos de autorizar; intervenga parcialmente a favor de una de las partes; invada funciones que por ley le correspondan a alguna autoridad, etc., etc., podrá



Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 116, México, 2001.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

en todos esos casos sufrir sanciones originadas por su RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

Ahora bien, las Leyes Fiscales en los diferentes ámbitos, Federal, Estatal y Municipal, imponen al notario la obligación de calcular y enterar los diferentes impuestos que se ocasionen por la actividad que desempeñe, y establece las sanciones correspondientes cuando el Notario incurre en alguno violación. Es de todos conocido que el Notario ha sido considerado como obligado solidario al pago de los impuestos que calcula y entera, y en el momento en que llega a hacerse exigible esa solidaridad, invariablemente el Fisco acude frente al notario que es quien siempre estará al alcance de la autoridad, pues los contratantes pueden fácilmente desaparecer sin dejar rastro, en cambio el Notario, por razón del principio rector de la PERMANENCIA, se encuentra arraigado y por ello, prácticamente a disposición de la autoridad exactora.

Civilmente es responsable el notario por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar con su actuación en contra de las personas que solicitaron y obtuvieron la intervención notarial. Esto no es otra cosa sino la consecuencia de una actividad inadecuada, desajustada a los cánones preestablecidos.

Y finalmente, el Notario también puede ser objeto de sanciones penales pues si se demuestra que con su actuación se violaron disposiciones de tipo penal, sufrirá las consecuencias derivadas de ello.

Concluyendo, diré que la Institución Notarial por sí misma constituye un baluarte en la prevención de litigios y por lo mismo en la agilización del tráfico inmobiliario, en la contratación y en la paz social que deriva de una adecuada interpretación del derecho que se plasma en una verdadera gama de actas y escrituras que analizadas a la luz del derecho notarial nos lleva a continuar designado al Notario como MAGISTRADO DE LA PAZ.



Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 116, México, 2001.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 116, México, 2001.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.