

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

**LA FUNCION NOTARIAL EN LA CALIFICACION
DEL GESTOR DE NEGOCIOS
COMO REPRESENTANTE LEGAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

WALTER ROLANDO GORDILLO GALINDO

Previo a Conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y los Títulos Profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Mayo de 1999

**JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL I:	Lic. Saulo De León Estrada
VOCAL II:	Lic. José Roberto Mena Izeppi
VOCAL III:	Lic. William René Méndez
VOCAL IV:	Ing. José Samuel Pereda Saca
VOCAL V:	Br. José Francisco Peláez Cordon
SECRETARIO:	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. César Augusto Morales Morales
Vocal:	Lic. Luis Roberto Rodríguez Marroquín
Secretario:	Lic. Luis Haroldo Ramírez Urbina

Segunda Fase:

Presidenta:	Licda. Hilda Violeta Rodríguez de Villatoro
Vocal:	Licda. Aura del Carmen Díaz Dubón
Secretario:	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

Alvarez, Gordillo, Mejía, Asociados

Lic. Jorge Mario Alvarez Quiros

ABOGADO Y NOTARIO



*Imep
5/5/99*

1825-99

Guatemala, 4 de mayo de 1999
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

- 5 MAYO 1999

RECIBIDO

Horas: 12:00 Minutos: 40
Oficial: [Signature]

Señor Decano:
JOSE FRANCISCO DE MATA VELA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

En cumplimiento a la resolución emitida por ese Decanato, procedí a asesorar el trabajo de tesis del Bachiller WALTER ROLANDO GORDILLO GALINDO, denominado "LA FUNCION NOTARIAL EN LA CALIFICACION DEL GESTOR DE NEGOCIOS COMO REPRESENTANTE LEGAL".

El tema escogido es interesante y su análisis doctrinario, legal y práctico es abundante. El estudio de la actividad calificadora que desempeña el notario en el ejercicio de su Función notarial, es amplio y desarrolla el tema con propiedad, en especial lo relativo al "GESTOR DE NEGOCIOS" y su representación legal.

En consecuencia el presente trabajo de tesis llena los requisitos legales y reglamentarios correspondientes para ser sometido a su revisión.

Atentamente,

[Handwritten signature of Jorge Mario Alvarez Quiros]

Lic. JORGE MARIO ALVAREZ QUIROS
ASESOR

JORGE MARIO ALVAREZ QUIROS
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Calle Universitaria, Zona 12
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, cinco de mayo de mil novecientos noventa y
nueve.-----

Atentamente, pose al LICENCIADO BONERGE AMILCAR MEJIA
ORELLANA, para que proceda a Revisar el trabajo de tesis del Bachiller
WALTER ROLANDO GORDILLO GALINDO y en su oportunidad
emite el dictamen correspondiente.



Alvarez, Gordillo, Mejía, Asociados

Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
ABOGADO Y NOTARIO



1984-99

13/5/99
Jfm

Ciudad de Guatemala, 13 de mayo de 1999

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

13 MAYO 1999

Señor Decano
Licenciado
JOSE FRANCISCO DE MATA VELA,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

RECIBIDO
Horas: 16 Minutos: 10
Oficial: [Signature]

En cumplimiento a la resolución emitida en su oportunidad, orienté al Bachiller WALTER ROLANDO GORDILLO GALINDO, en la revisión de su tesis, intitulada: "LA FUNCION NOTARIAL EN LA CALIFICACION DEL GESTOR DE NEGOCIOS COMO REPRESENTANTE LEGAL".

Luego de analizar el trabajo de tesis, ante el enfoque teórico-doctrinario y jurídico del tema estudiado, que por demás resulta interesante, únicamente sugerí recomendaciones de forma, las cuales fueron atendidas, por lo que estimo que en dicha tesis, se cumplen los requisitos reglamentarios correspondientes.

Comparto los conceptos vertidos en su dictamen, por el distinguido Profesor Universitario y amigo, Licenciado Jorge Mario Alvarez Quirós.

Por lo anterior, dictamino favorablemente, en el sentido de la factibilidad de ordenarse la impresión, para que pueda servir de base al Examen Público de mérito.

Deferentemente,

[Signature]
BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA
Revisor

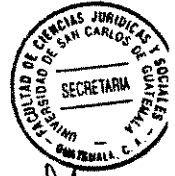
c.c. file

George Amilcar Mejia Orellana
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Calle Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. GUATEMALA DIECIOCHO DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS
NOVENTA Y NUEVE.-----

EN VISTA DE LOS DICTÁMENES QUE ANTECEDEN, SE AUTORIZA LA
IMPRESION DEL TRABAJO DE TESIS DEL BACHILLER WALTER ROLANDO
GORDILLO GALINDO, INTITULADO "LA FUNCION NOTARIAL EN
LA CALIFICACION DEL GESTOR DE NEGOCIOS COMO
REPRESENTANTE LEGAL". ARTICULO 22 DEL REGLAMENTO DE
EXÁMENES TÉCNICOS PROFESIONALES Y PÚBLICO DE TESIS.



SCGF



Agradezco a Dios por comprender, que lo que me ha distinguido en toda mi vida y me seguirá honrando por el resto de ésta, es la calidad humana de mi gente. A todos ellos, con gran admiración....GRACIAS !

- A DIOS: Por el milagro de la vida; por una vida de milagros.
- A MI MADRE: Amalia Galindo Rebuli, porque con su ejemplo y dedicación me ha dado una lección básica; el éxito radica en ser noble y humilde.
- A MI PADRE: Mario Alberto Gordillo Cospín, por sus esfuerzos y sacrificios; por la confianza de amigo que me brinda.
- A MIS HERMANOS: Mario Estuardo y Mayra Rossana por su respeto, confianza y cariño.
- A MI ESPOSA: María Luisa Macz Leiva, por su sacrificio, amor y comprensión lo que evidencia su calidad de mujer y de pareja.
- A MIS HIJAS: Andrea Dayana y Anyel Marisol, quienes por su inocencia, quizás aún no comprendan la dimensión de mi amor por ellas.
- A MIS SOBRINOS: Patricia, Herbert, Mónica, Andres, Mario y Gabriela.
- EN MEMORIA DE: Carlos Enrique Galindo Rebuli, quien siempre estará presente en mi vida.
- A MIS AMIGOS: Carlos Roberto Sandoval Aldana, Hugo Rolando Samayoa Mencos, Gustavo Ordoñez Nájera.
-

A LOS ABOGADOS: Victor Hugo Barrios Barahona, Menfil Carlos Calderón López, Juan Carlos López Pacheco Carlos Humberto Mancio Bethancourt.

CON ESPECIAL
AFECTO A:

Bonerge Amilcar Mejía Orellana y Jorge María Álvarez Quirós por su apoyo, amistad y tiempo dedicado en la asesoría del presente trabajo.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala especialmente la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

INDICE

INTRODUCCION	i
CAPITULO I	
FUNCION NOTARIAL	
DEFINICION DE NOTARIO	1
FE PUBLICA NOTARIAL	3
FUNCION NOTARIAL	4
1 Carácter precautorio o cautelar de la función notarial	6
2 El asesoramiento	7
FINALIDAD DE LA FUNCION NOTARIAL	8
CAPITULO II	
CALIFICACION NOTARIAL Y REPRESENTACION LEGAL	
CALIFICACION NOTARIAL	13
1 Evaluación de legalidad y licitud del acto o negocio jurídico	14
2 La estimación del Notario de su intervención al ser requerido	16
VENTAJAS DEL SISTEMA GUATEMALTECO DE CAPACITACION MULTANEA ABOGADO Y NOTARIO, PARA LA FUNCION DE CALIFICACION NOTARIAL.	17

3.	REPRESENTACION LEGAL	18
3.1	La representación legal	18
3.2	La calificación de la representación legal, una función del control de legalidad	20
3.3	Modo de calificar diversas clases de representación legal	22

CAPITULO III

GESTION DE NEGOCIOS

1.	LA GESTION DE NEGOCIOS	41
1.1	Concepto y naturaleza	41
1.2	Elementos personales	44
1.3	Requisitos	44
2.	DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL GESTOR DE NEGOCIOS	46
2.1	Derechos del Gestor de Negocios	46
2.2	Obligaciones del Gestor de Negocios	47
3.	DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL DUEÑO DE BIENES O NEGOCIOS	48
3.1	Derechos del Interesado o Dueño de bienes o negocios	48
3.2	Obligaciones del Interesado o Dueño de bienes o negocios	49

4.	CALIFICACION DE LA REPRESENTACION LEGAL EJERCIDA POR GESTOR DE NEGOCIOS Y DE LOS ACTOS Y CONTRATOS EN QUE INTERVIENE	49
----	--	----

CAPITULO IV

EFECTOS JURIDICOS DE LA INDEBIDA CALIFICACION NOTARIAL DEL GESTOR DE NEGOCIOS COMO REPRESENTANTE LEGAL		
1.	LA NULIDAD	53
1.1	Nulidad Formal	55
1.2	Nulidad negocial	57
2.	CASOS MAS COMUNES DE INDEBIDA CALIFICACION NOTARIAL DEL GESTOR DE NEGOCIOS Y SUS EFECTOS JURIDICOS	58
2.1	Autorización de documentos notariales, en los cuales el gestor pretende vender bienes del dueño o interesado	58
2.2	Autorización de documentos notariales, en los que el gestor de negocios desea adquirir bienes por abonos a favor del interesado.	59
2.3	Autorización de documentos notariales, en los que el gestor de negocios persigue constituir gravámenes (prenda, hipoteca, servidumbre)	60
2.4	Autorización de documentos notariales, en los que el gestor de negocios pretende ejercer representación legal de menores de edad, incapaces, asociaciones, patronatos, comités y fundaciones.	62

2.5	Autorización de documentos notariales, en los que el gestor de negocios acepta donaciones.	63
2.6	Autorización de instrumentos públicos, en los que el gestor de negocios aparece ampliando o rectificando datos personales de su representado o datos relacionados con el objeto del contrato.	64
2.7	Autorización de instrumentos públicos, incumpliendo con la obligación notarial de hacer constar que la representación ejercida a través del gestor de negocios, es suficiente conforme a la ley y a juicio del notario.	64
2.8	Autorización de documentos públicos, incumpliendo con la obligación notarial de hacer constar que la representación ejercida a través del gestor de negocios, es suficiente conforme a la ley y a juicio del notario.	65

CAPITULO V

LA RESPONSABILIDAD NOTARIAL

1.	RESPONSABILIDAD NOTARIAL	69
2.	LA RESPONSABILIDAD NOTARIAL EN LA CALIFICACION DEL REPRESENTANTE LEGAL	70
3.	CLASES DE RESPONSABILIDAD	71
3.1	Responsabilidad civil del notario	71
3.2	Responsabilidad penal del notario	73
	CONCLUSIONES	75
	RECOMENDACIONES	77
	BIBLIOGRAFIA	79

LA FUNCION NOTARIAL EN LA CALIFICACION DEL GESTOR DE NEGOCIOS COMO REPRESENTANTE LEGAL

INTRODUCCION

En el ejercicio de su función, el notario se encuentra en la obligación de otorgar eficacia y certeza legal a los documentos que autoriza, circunstancias que derivan directamente de la previsibilidad que pueda hacerse de si determinado acto o contrato es lícito y legal o no.

En la calificación que el notario hace de las diversas clases de representación, se encuentra ante dos obligaciones: una calificación del título acreditativo de representación legal y otra del acto o contrato pretendido a través de dicha representación.

Lo anterior significa que el notario debe examinar el hecho documentado, tarea que actúa mediante su poder calificador que puede producir dos especies de juicio: primero el notario examina si el hecho está prohibido por la ley o es contrario a las buenas costumbres o al orden público; este es un juicio de licitud y segundo el Notario analiza los presupuestos y elementos del hecho para llegar a la conclusión de su idoneidad, para producir los efectos pretendidos por las partes, dentro del orden jurídico establecido, este es un juicio de legalidad.

Siendo que en la gestión de negocios, el notario no tiene a la vista documentos fehacientes que acrediten representación, es decir, no tiene título que calificar, su función se concreta al análisis de la intención espontánea de gestionar, la utilidad de lo gestionado, la inexistencia de prohibición por parte del dueño del negocio y que la gestión opere en el ámbito de las operaciones del giro habitual del interesado.

Ocasionalmente, en algunos contratos se ha observado que la función del notario en la calificación de la representación que ejerce el gestor de negocios, ha sido indebida, por ejemplo, cuando autoriza documentos favoreciendo que el gestor de negocios haga declaraciones, para las cuales no está delegado o cuando éste erróneamente pretende disponer de bienes del dueño del negocio o interesado o cuando desea constituir gravámenes o usufructos o adquirir en nombre de su representado bienes por abonos.

Asimismo, se han observado documentos públicos, en los cuales el gestor de negocios constituye servidumbres pasivas e inclusive se ha pretendido a través de esta figura jurídica, ejercer representación de menores de edad, incapaces, asociaciones, patronatos, comités y fundaciones.

De igual forma, algunos notarios han incumplido con la obligación notarial de hacer constar en los instrumentos públicos que la representación ejercida a través del gestor de negocios, es suficiente conforme a la ley y a su juicio para el acto o contrato pretendido, requisito éste que es independiente de la existencia de título acreditativo de representación, extremo que deriva del contenido del artículo 29 numeral 5o. del Decreto 314 del Congreso de la República, Código de Notariado.

En este orden de ideas, la práctica evidencia que como forma de representación, la gestión de negocios ha sido utilizada en algunos actos y contratos en forma extralimitada, mal interpretando su función y derivado de ello, es que se hace imperativo el conocimiento de dicha institución jurídica.

El presente trabajo ampliará el conocimiento sobre este tema, haciendo una relación comparativa de la teoría y la práctica, analizando jurídicamente y en forma conceptual la

función notarial, formas de representación legal y su calificación por parte del notario, la gestión de negocios, atribuciones del gestor y la calificación que de éste haga el notario, cuando pretende ejercitar representación legal. Así mismo, se analizarán los efectos jurídicos derivados de una indebida calificación notarial, la eficacia jurídica de los documentos notariales con intervención de gestor de negocios, la nulidad que podría derivar dicho acto o contrato y la responsabilidad notarial.

CAPITULO I

FUNCION NOTARIAL

1. DEFINICION DE NOTARIO

El notario, estipula el código de notariado en el artículo uno, tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte. Dicha norma no define al notario.

Definir al moderno cartulario implica además de conocer sus facultades, profundizar en el estudio de su naturaleza jurídica y la naturaleza jurídica de las funciones que desarrolla. En este orden de ideas, nos han quedado claro los conceptos vertidos por las teorías funcionarista, profesionalista y eclécticas y dentro de éstas últimas, aquellas que explican la función notarial dentro de la administración de justicia, dentro de la jurisdicción voluntaria y las que estiman al notario como profesional del derecho y funcionario público sui géneris.

Además, es cierto que algunas disposiciones de nuestra legislación, como la comprendida en el Código Penal, reputan al notario como funcionario público cuando se trate de delitos que cometan con ocasión o con motivo de actos relativos al ejercicio de su profesión; el Código Civil le dá carácter de funcionario al amparo del artículo 92; el Código Procesal Civil lo considera auxiliar del juez en el artículo 33; y la Ley Reguladora de Tramitación Notarial en Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, lo menciona como auxiliar del órgano jurisdiccional (Considerando III). Sin embargo, lo anterior no afirma que el notario sea un funcionario público, sino que resalta la función pública que éste desarrolla. Tal y como lo estipula Enrique Giménez Arnau, "El ejercicio privado de la función pública notarial y su misión social niegan el carácter de funcionario del Estado" 1/

Asimismo, la condición de funcionario público propiamente dicha, quedó excluida para el caso del notario guatemalteco, al amparo de lo que regula el Reglamento de la Ley de Servicio Civil, Acuerdo 18-98 artículo 1o. que estipula:

"Funcionario Público: Es la persona individual que ocupa un cargo o puesto, en virtud de elección popular o nombramiento conforme a las leyes correspondientes, por el cual ejerce mando, autoridad, competencia legal y representación de carácter oficial de la dependencia o entidad estatal correspondiente."

Por todo ello creo acertado asumir una postura ecléctica, acentuando el aspecto de profesionalidad tal y como lo afirma el Licenciado Nery Roberto Muñoz al decir que "el Notario ejerce una función pública SUI GENERIS, porque es independiente, no está enrolado en la administración pública, no devenga sueldo del Estado, pero por la veracidad, legalidad y autenticidad que otorga a los actos que autoriza, tiene un respaldo del Estado. Actúa por sí mismo y su función la presta a los particulares quienes pagan sus honorarios."
2/

Habida cuenta de los conceptos anteriores, ya estamos en posibilidad de aportar nuestra propia definición de notario. Notario es el profesional del derecho investido de fe pública para hacer constar hechos y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte. Obsérvese que el aspecto de la función pública se encuentra inmerso en el elemento de la fe pública.

2. FE PUBLICA NOTARIAL

Algunos autores coinciden en señalar que la fe pública notarial se encuentra conformada por los elementos: creencia, potestad de un individuo y medida de valor jurídico del instrumento.

El ejercicio de esta potestad consiste en la investidura que una persona tiene para dar fe de ciertos hechos y actos y cuyo resultado objetivo será el valor jurídico asignado al instrumento o documento autorizado.

Algunas características de la fe pública notarial la encuadran como un poder delegado y una calidad jurídica, se dice que única pues es exclusiva del notario. También es personal, indelegable y se ejerce en el ámbito extrajudicial.

Se pretende definir la fe pública resaltando que se trata de una garantía, una calidad o una función, pero ello significaría hablar de fines y medios. Partiendo de que se trata de un poder certificante o autenticador podemos afirmar: "Potestad asignada por la ley por la cual el notario confiere autenticidad y certeza a los instrumentos y documentos que autoriza confiriéndoles seguridad y eficacia legal."

Esta fe pública goza del respaldo y tutela estatal tal y como lo afirma el notario Byron Alejandro Cohobon Lepe al afirmar que "el titular de la misma ha recibido parte de la soberanía, de la creencia y confianza del pueblo (recordemos que el poder proviene del pueblo, artículo 152 de la Constitución Política de la República), por ello al ejercer el cartulario dicho poder de autenticidad, el ente soberano le protege en sus afirmaciones e impone la obligación erga omnes, de aceptar como cierto y fidedigno lo autorizado notarialmente- artículos 186 del Código Procesal Civil y Mercantil..." /3

3/ "La inmunidad Notarial Sui Géneris", Pág. 15

3. FUNCION NOTARIAL

De la propia Constitución que proclama normativamente los principios de seguridad jurídica y justicia social, deriva el basamento del ejercicio de la función notarial.

Inicialmente debemos recordar que tal y como lo afirma Solís Galván, refiriéndose a la función notarial "Esta nació como una consecuencia de la necesidad de resguardar los vínculos jurídicos creados por la voluntad humana, desplegada por la mano de un individuo calificado provisto de atribuciones especiales"./4

Dentro de este tema suficiente se ha escrito en relación a la naturaleza jurídica de la función notarial, de igual forma, recordemos que se ha encuadrado la actividad del notario en el ejercicio liberal de la profesión, en la actividad del Estado y en forma mixta. Es por ello que es acertado resaltar en este trabajo las funciones o actividades, propiamente dichas, que desarrolla el notario y dentro de éstas, hacer hincapié en las funciones calificadora y legitimadora de las cuales resulta el juicio de licitud y legalidad en el caso concreto objeto de estudio de la presente investigación.

Pero previamente debemos definir que es la función notarial?

Francisco Martínez Segovia, citado por el notario Byron Alejandro Cohobon Lepe refiere: "Es la función profesional y documental autónoma, jurídica, privada y calificada, impuesta y organizada por la ley (caracteres) para procurar la seguridad, valor y permanencia, de hecho y de derecho (fines), al interés jurídico de los individuos, patrimonial o

4/ "La Función del Derecho Notarial", Pág. 3.

extrapatrimonial, entre vivos o por causa de muerte, en relaciones jurídicas de voluntades concurrentes o convergentes y en hechos jurídicos, humanos o naturales (objeto material), mediante su interpretación y configuración, autenticación, autorización y resguardo (operaciones de ejercicio) confiada a un notario (medio subjetivo)."/5

Es evidente que la definición anterior, pretende dejar en claro la forma, medios, fines y contenido de la función notarial, pero de modo sintetizado, podemos afirmar que función notarial es equivalente a decir conjunto o serie de actividades que desarrolla el notario.

Dentro de esta actividades encontramos las siguientes:

a) **FUNCION CALIFICADORA:** En ésta el notario evalúa la licitud o ilicitud del acto o negocio. Estima si se encuentra habilitado para intervenir o no y califica si las personas que intervienen tienen la capacidad jurídica requerida.

b) **FUNCION RECEPTIVA:** El notario es receptor de toda información que servirá de base para considerar el hecho, acto o negocio que las partes le requieran plasme en el instrumento público.

c) **FUNCION DIRECTIVA O ASESORA:** En nuestro medio el notario es además un jurista capaz de aconsejar sobre el negocio pretendido. Dirige, informa, aconseja, asesora y prevee en favor de los intereses de los requirientes. Concilia y coordina lo que se quiere con lo que se puede hacer.

d) **FUNCION LEGITIMADORA:** El notario supervisa la titularidad de los derechos que se pretenden ejercer y acredita la misma por medios legales. El notario debe comprobar los datos individualizantes de cada compareciente y enjuiciar cualquier representación que se pretenda ejercer, calificándola documentalente y de igual forma haciendo un juicio de legalidad entre el acto o negocio pretendido y la representación sugerida; (Arto. 29 numeral 5o. Código de Notariado)

e) **FUNCION CONFIGURADORA O MODELADORA:** Es una labor formativa del documento notarial, es decir, el encuadramiento de la voluntad de los requirientes a las normas reguladoras del acto o negocio. Es el ajustar el querer de las partes a la conducta querida o permitida por la ley. Es la traducción de la expresión de la voluntad de las partes en forma empírica, encuadrándola a la norma regulativa.

f) **FUNCION PREVENTIVA:** Es el enjuiciamiento de previsibilidad que el notario hace del acto o negocio en que interviene. Sugiere la efectividad del mismo en beneficio de los requirientes y supone preservar la seguridad de intereses privados, evitando con ello consecuencias no deseadas o que perjudiquen intereses de los otorgantes.

g) **FUNCION AUTENTICADORA:** Es el revestimiento de certeza y autenticidad como presunción legal que otorga la intervención del notario y que se manifiesta de manera gráfica con la firma del notario precedida de las palabras "ante mí " o "por mí y ante mí".

3.1 CARACTER PRECAUTORIO O CAUTELAR DE LA FUNCION NOTARIAL

Vale recordar que el notario fue antes que nada autenticador en cuanto garantizaba la certeza de un hecho, pero la complejidad del derecho actual creo la necesidad de que el campo de acción se ampliara hasta participar en los preparativos de los actos y negocios jurídicos que se proponen realizar. De esta cuenta surgió la función de

asesoramiento jurídico que tiene carácter precautorio o cautelar, tratando de prevenir riesgos y evitar incertidumbre jurídica lo cual se tradujo en dirigir a los requirentes en sus derechos subjetivos.

Es por ello que el Cuarto Encuentro Notarial Americano, celebrado en Bogotá en 1968, resalta la función precautoria-asesora refiriendo: "Al fijarse la competencia del notario, debe tenerse en cuenta su doble condición de fedatario y jurisperito de la contratación, vale decir: el texto legal ha de recoger con claridad y precisión no sólo su función autenticante, sino también la de asesoramiento y la de formación del documento recepticio de su quehacer, conjunción funcional de la que deviene su carácter de configurador de actos y negocios jurídicos que tipifican al notario del sistema latino."/6

En este sentido recordemos lo afirmado por el notario Byron Alejandro Cohobon Lepe en el sentido de que "El notario realiza una actividad técnico-pacifista, en virtud de aplicar el Derecho en su estado normal y prevenir situaciones que sin lugar a dudas alterarían la concordia entre los particulares, y la tranquilidad de la sociedad;"/7

3.2 EL ASESORAMIENTO

Al afirmar que el notario es un jurisperito de la contratación estamos sugiriendo su carácter de asesor. Su función asesora se materializa así: Propone soluciones a negocios jurídicos, busca un equilibrio imparcial, evita el atropello de derechos, garantiza el cumplimiento de obligaciones, procura la concurrencia de voluntades y que así mismo éstas coincidan con el ordenamiento jurídico vigente,

/6 "El Notario", Pág.4.

/7 "La inmunidad Notarial Sui Generis", Pág. 17

le da certeza a vínculos contractuales y declaraciones de voluntad para concluir en la seguridad jurídica preventiva que procura su intervención.

Así el Congreso Internacional de Notariado celebrado en París en 1954 enunció: "En todos los países de la Unión, el notario desempeña una función activa, siendo su misión, aconsejar o asesorar a las partes como profesional de derecho. Redactar y autorizar los documentos, ejerciendo la fe pública notarial. En consecuencia, resuelve por unanimidad: que el aspecto o cualidad de asesor en el notario sea expresamente reconocido por los poderes públicos en los países de la Unión en que todavía no lo fue."

4. FINALIDAD DE LA FUNCION NOTARIAL

Luis Carral y de Teresa citado por el licenciado Nery Roberto Muñoz afirma que: "La Función Notarial persigue tres finalidades: de seguridad, de valor y permanencia.

I. SEGURIDAD. Es la calidad de seguridad y de firmeza (que otros llaman de certeza) que se da al documento notarial. Persigue la seguridad; el análisis de su competencia que hace el notario, la perfección jurídica de su obra para lo cual tiene que hacer juicios de capacidad, de identidad, etc.; el proceso formal (de leyes adjetivas), que es axiomático y que persigue un fin de seguridad. También persigue esa seguridad la responsabilidad del notario, respecto a la perfección de su obra..." /8

/8 "Introducción al Estudio del Derecho Notarial", Pág. 32

Hablar de seguridad como finalidad de la función notarial implica entonces: análisis de competencia, juicios de capacidad, de identidad, responsabilidad notarial, tutela de intereses, eficacia, licitud y oponibilidad.

La seguridad de la intervención notarial sugiere garantía. Garantía de que el documento notarial aportará prueba y de que lo actuado ante notario será ejecutado en forma segura y eficaz.

Nuestra legislación desarrolla ambos aspectos de la seguridad notarial, es decir, el valor probatorio y la fuerza ejecutiva de los documentos notariales: Primero, el artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil estipula "Los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redarguirlos de nulidad o falsedad". Lo anterior significa una fuerza probatoria máxima. Como lo diría el Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de Luxemburgo, Roger Everling "se deposita confianza en el fedatario que ha dejado constancia ex propriis sensibus. Estas menciones serán creídas hasta que se reconozca su falsedad, es decir, serán tenidas por exactas hasta el momento en el que su falsedad sea demostrada..." /9

Segundo, la fuerza ejecutoria de un documento notarial es la facultad de recurrir de plano a la ejecución forzosa. El Código Procesal Civil y Mercantil reconoce entre otros, la transacción celebrada en escritura pública, los testimonios de las escrituras públicas, los documentos privados con legalización notarial, testimonios de actas de protocolación de protestos de documentos bancarios y mercantiles.

II. VALOR

Implica certidumbre, seguridad y eficacia de la intervención notarial. Recordemos la imposición erga omnes de aceptar como cierto y fidedigno lo autorizado notarialmente. (Art. 186 del Código Procesal Civil y Mercantil)

Al conceder autenticidad, el notario en ejercicio de su función, es un medio auxiliar para la producción de pruebas (preconstituídas) en virtud de que sus afirmaciones se consideran ciertas por la fe pública que lo enviste.

A través de su gestión, el notario alcanza no sólo la verdad de los hechos, sino también al máximo posible los efectos queridos por las partes, de acuerdo con las posibilidades que permite la ley.

III. PERMANENCIA

Esta finalidad implica la perdurabilidad de la actuación notarial. El notario brinda seguridad, eficacia y certidumbre en la medida que garantiza la reproducción auténtica del acto.

El mantenimiento y archivo de documentos originales firmados por las partes los dota de máxima seguridad en cuanto a su conservación y a la integridad de su texto.

Para el tráfico jurídico, la ley autoriza a expedir documentos de reproducción, copias o testimonios, con igual valor que el original, el que admite en caso de duda la posibilidad de cotejo con la matriz.

Y a pesar de que existen documentos extrarregistrales, decir, extraprotocolares, con los cuales podría mermarse valor de permanencia, afortunadamente a algunos de ellos, esta legislación obliga su protocolización tal y como se exige a las actas notariales de matrimonio, lo que refleja tendencia conservacionista de los mismos.

CAPITULO II

CALIFICACION NOTARIAL Y REPRESENTACION LEGAL

CALIFICACION NOTARIAL

Según el Diccionario de la Real Academia Española calificar (Qualificare) significa: "1. Apremiar o determinar las calidades o circunstancias de una persona o cosa. 2. Expresar un juicio. 3. Declarar este juicio..... 4. Ennoblecere, ilustrar, acreditar una persona o cosa..." /10

La función calificadora notarial según mi entender es la actividad por medio de la cual el notario asesora, termina, acredita, verifica y examina la legalidad y validez de actos y contratos en cuya documentación interviene.

Esto significa que el notario debe estimar que el acto o negocio a documentar no esté prohibido por la ley, no sea contrario a las ordenes públicas ni a las buenas costumbres, así como debe observar la presencia de presupuestos y normas de carácter imperativo generales y específicas.

Este deber personalísimo e ineludible de calificación notarial, conlleva evitar la creación de un documento susceptible de ser impugnado de nulidad, que sea eficaz, que cumpla con los fines y resultados previstos en favor de la tutela de intereses de los requirentes.

Todo lo anterior nos confirma que el notario es un profesional para que el principio de legalidad se cumpla, función que desarrolla a través de la calificación notarial:

1.1 A. EVALUAR LA LICITUD Y LEGALIDAD DEL ACTO O NEGOCIO

El Notario examina si el hecho, acto o negocio está prohibido por la ley o es contrario a las buenas costumbres o al orden público (juicio de licitud); y verifica los presupuestos y elementos del mismo para llegar a la conclusión de su idoneidad y producir los efectos queridos por las partes dentro del orden jurídico establecido (juicio de legalidad).

Debemos recordar que la inobservancia por parte del notario de esta función podría producir nulidad absoluta de un negocio jurídico o nulidad del acto, así el artículo 1301 del Código Civil regula: "Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a las leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia."

De igual forma, el artículo 4o. de la Ley del Organismo Judicial estipula: "Los actos contrarios a las normas imperativas y las prohibitivas expresas, son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir."

Al mencionar la verificación de presupuestos y elementos de un acto o negocio jurídico nos referimos a la observancia de normas de carácter imperativo, algunas de categoría general y otras específicas:

Las de carácter general o comunes (essentialia communia) refieren a los requisitos esenciales del negocio jurídico, capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y al objeto lícito y dentro de las de categoría específica (essentialia propria), incluimos las que se señalan para cada acto o negocio jurídico en particular, como el precio en la compraventa o los formales de otorgamiento como que el contrato de fianza, debe constar por escrito o que la donación de bienes muebles, debe constar en escritura pública.

El notario actuará indebidamente en la calificación de presupuestos normativos generales y específicos:

Cuando autoriza documentos en los cuales hace comparecer a menores de edad, califica representaciones deficientes, insuficientes o inexistentes. (Indebida apreciación de capacidad legal)

Cuando autoriza documentos que pretenden simulación o existe evidente dolo, error o violencia. (Consentimiento que adolece de vicio)

Cuando, a pesar de que su actuación no prejuzga sobre el contenido del documento, aconseja formalizar contrato de promesa de bien inmueble a través de documento privado. Inobservancia de formalidad específica requerida para el contrato)

El notario no evaluar la licitud y la legalidad del acto o negocio, el notario actúa indebidamente autorizando también:

Escritura de compra venta entre cónyuges. Artículo 1792 del Código Civil.

Escritura de mandato general otorgada por tutor de un menor de edad o de un incapaz. Artículo 1691 del Código Civil.

Escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada con más de veinte socios.

En todos ellos el notario viola normas prohibitivas expresas;
El notario actuará indebidamente de igual forma:

-Al autorizar cualquier pacto con apariencia de lícito que induzca o diere lugar a la prostitución o a la corrupción sexual de menores de edad. Artículo 477 y 478 del Código Penal;

-Al intervenir documentando una negociación, cuyo objeto sea la producción o tráfico o distribución de estupefacientes.

Estos serían actos o negocios contrarios al orden público y las buenas costumbres.

1.2 ESTIMAR SU INTERVENCIÓN O NO AL SER REQUERIDO

El licenciado Nery Muñoz refiere "El Notario debe ajustarse a la ley y por lo tanto, no debe prestar sus servicios cuando el hecho que se desee documentar sea contrario a la ley o a la moral.

Es frecuente que seamos requeridos para hacer constar asuntos que no son objeto de un acta notarial, casos en los cuales debemos abstenernos.

También se da el caso de personas que nos requieren para hacer constar en acta, un asunto que no tiene mayor relevancia o que no será de utilidad.

En mi opinión el control de legalidad lo hace el Notario, al abstenerse de autorizar actas notariales que vayan en contra de la moral o la ley, asuntos que no sean objeto de actas, y de otros que no tendrán ningún efecto ni relevancia posterior aunque consten en acta notarial." /11

/11 "El Instrumento Público y el Documento Notarial", Pág.49-50

Es lógico pensar que si el notario prevee la eficacia y la legitimidad de su intervención, de igual forma también está en posibilidad de abetenerse o no en su actuación.

No tendrá sentido e irá en contra de los intereses de los requirientes, el pretender un acto o negocio nulo o anulable y además estar sujeto a las responsabilidades legales de tal actuación.

En la práctica notarial, en algunas oportunidades nos encontramos con que el potencial cliente o requiriente pretende "sugerir" la forma en que debemos actuar lo cual va en detrimento de la función cautelar y asesora notarial.

Si aún con nuestra intervención y consejo técnico, el cliente insiste en procurar nuestra actuación indebida, lógicamente el abstenerse será la posición a adoptar como consecuencia de la evaluación y calificación procurada.

2. VENTAJAS DEL SISTEMA GUATEMALTECO DE CAPACITACION SIMULTANEA ABOGADO Y NOTARIO, PARA LA FUNCION DE CALIFICACION NOTARIAL.

El licenciado Nery Roberto Muñoz citando al Doctor Mario Aguirre Godoy señala que los medios para capacitar al Notario son:

"a) Formación universitaria que culmine con el grado de Licenciado en Derecho o con el título de Abogado como fase previa.

b) Con un Doctorado en Derecho Notarial.

c) Sistema de Oposición.

d) Universidad o Facultad Notarial específica."/12

/12 "Introducción al Estudio del Derecho Notarial", Pág.66

Guatemala reconoce como medio de capacitación notarial, la formación universitaria simultánea o conjunta, pues se obtienen los títulos y se ejercen las profesiones de Abogado y Notario.

Por supuesto que la obtención del título de Abogado, garantiza su conocimiento en el campo del derecho.

Esta circunstancia debe ser considerada como privilegiada desde el punto de vista del ejercicio de la profesión de notario, pues siendo el abogado el jurista conocedor del derecho, capaz de preveer, enjuiciar y legitimar hechos documentados, ello supone una verdadera garantía del cumplimiento de la función calificadora notarial y por ende, de los fines que la función notarial persigue en nuestro medio.

3. REPRESENTACION LEGAL

3.1 LA REPRESENTACION LEGAL

No siempre el titular de un derecho u obligación está en posibilidad física o jurídica de comparecer por sí ante notario a ejercitarlos. Tal el caso de los menores de edad, incapaces, ausentes, las personas jurídicas y las personas individuales que simplemente no quieran o no puedan hacerlo. (Artículos 80., 90., 10., 12., 13., 14., 15., 16., 24., 42 del Decreto Ley 106 Código Civil y 188 del Decreto 2-89 Ley del Organismo Judicial).

La representación legal es la sustitución que una persona hace de otra, para actuar en su nombre, ejerciendo derechos u obligaciones.

Guillermo Cabanellas citado por el licenciado Nery Roberto Muñoz señala que "en el Derecho Civil, la representación ofrece tres aspectos fundamentales:

- 1o. En la capacidad general de las personas para suplir sus limitaciones, como se proponen la patria potestad y la tutela;
- 2o. En orden a la posibilidad de delegar las facultades propias, como en el poder y en el mandato;
- 3o. En tanto que institución hereditaria, como derecho de representación que corresponde a ciertos herederos forzosos."/13

Según el licenciado Nery Roberto Muñoz, "La representación legal es aquella que la ley establece como solución para las personas que necesitan ser representadas, por no poderlo hacer por sí mismas, por falta de posibilidad física o mental plena o por otra causa especial.

La representación puede ser de una persona individual a otra, para que haga valer sus derechos y cumplir con sus obligaciones, o porque dicha persona no puede o no quiere hacerlo, o bien que se trate de personas jurídicas que actúan por medio de personas individuales.

La representación se tiene por disposición de la ley, como sucede con los menores e incapaces; por voluntad de la persona al otorgar un mandato.

Así también las personas jurídicas necesitan contar con un representante legal que las represente." / 14

3.2 LA CALIFICACION DE LA REPRESENTACION LEGAL, UNA FUNCION DEL CONTROL DE LEGALIDAD

Este requisito de calificación notarial de la representación legal, es indispensable ya que nadie puede arrogarse calidades que no le corresponden, ni tampoco ejercitar derechos que no tiene y de ello deriva precisamente el control de legalidad en la actuación notarial.

Es tan importante llevar a cabo una precisa calificación de las diversas formas de representación legal, que de ello puede derivar la validez o no de la actuación notarial.

Calificar una representación legal recordemos, no es sólo tener a la vista un documento cualquiera. Es tener pleno conocimiento de normas jurídicas que nos indiquen qué clase de documento es idóneo, suficiente y viable para el ejercicio de determinada representación. Es apreciar también, si el sólo nombramiento o cargo que se ejercen bastan o si debe requerirse autorización o comprobante alguno para autorizar determinado acto o contrato y si éstos están sujetos a determinadas formalidades.

En resumen, el notario supervisa la titularidad de derechos que se pretenden ejercer y acredita la misma por medios legales. Enjuicia la representación legal estimándola documentalente y haciendo un juicio de legalidad entre el acto o contrato pretendido y la representación propuesta.

Este juicio de legalidad implica entonces, ajustar la personería ejercida a las normas reguladoras de la misma.

Recordemos que el notario debe calificar:

- a) Cuando autoriza documentos en los cuales determinada persona pretende ejercitar derechos de otro o arrogarse calidades y;
- b) Cuando en su labor formativa del documento notarial, al recibir la voluntad de los interesados, sugiere y encuadra determinada forma de representación para el acto o contrato requerido si fuese necesario.

Nuestra legislación inclusive, regula en respaldo a este control de legalidad, que en los instrumentos públicos es requisito esencial el hacer constar haber tenido a la vista el documento acreditativo de representación legal "suficiente" de quien comparezca en nombre de otro (Artículo 31 numeral 3o. del Código de Notariado). La inobservancia de este requisito posibilita la acción para demandar nulidad.

Lo anterior significa, a mi parecer, que el artículo 31 numeral 3o. del Código de Notariado en su redacción, propone que el notario ha enjuiciado y calificado el documento y suficiencia y por lo tanto, ambas circunstancias constituyen requisitos esenciales del instrumento público, aunque bien valdría la pena una reforma legal de tal artículo para clarificar dicho extremo.

Analizaremos a continuación y en cada caso específico de representación los siguientes puntos:

- Legitimidad del representante legal;
- Documentos acreditativos de representación legal;
- Licitud y legalidad del acto o contrato con intervención de representante legal; y,
- Documentos que respaldan la legalidad del acto o contrato (Títulos y comprobantes)

3.3 MODO DE CALIFICAR DIVERSAS CLASES DE REPRESENTACION LEGAL

3.3.1 CALIFICACION DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL MENOR DE EDAD Y DEL DECLARADO EN ESTADO DE INTERDICCION Y DE LOS ACTOS Y CONTRATOS EN QUE INTERVIENE

Recordemos que gozan de capacidad negocial absoluta todas las personas mayores de edad.

La condición de carecer de aptitud para determinarse jurídicamente por sí mismo y ser sujeto de relaciones jurídicas, se denomina incapacidad.

La incapacidad puede ser absoluta, como en el caso de aquellas personas que no han cumplido la mayoría de edad y los declarados en estado de interdicción; y la relativa, cuando se trata de perturbaciones mentales transitorias, ya que por imperativo legal son nulas las declaraciones de voluntad emitidas en tales circunstancias.

Es importante tener presente que en estos casos pueden ejercer representación legal:

a. El padre del menor de edad o declarado en estado de interdicción cuando la patria potestad se ejerza conjuntamente por el padre o la madre durante el matrimonio o la unión de hecho. (Artículo 255 del Código Civil)

b. La madre del menor de edad o incapacitado cuando sea soltera. La denominación soltera deriva de la condición de la mujer que no ha contraído matrimonio, de su estado posterior al divorcio, después de la muerte del cónyuge y de la que no convive con el padre del menor o incapaz.

c. El padre o la madre adoptivos o ambos si son cónyuges y adoptaron conjuntamente al incapaz, (artículo 234 y 258 del Código Civil)

d. El tutor o protutor, cuando el menor o el incapaz no tuviere padres. (artículo 293 del Código Civil)

e. El tutor específico nombrado por el tribunal durante la tramitación de las diligencias de declaratoria de interdicción para defenderlo. (artículo 407 del Código Procesal Civil y Mercantil)

f. El cónyuge del declarado en estado de interdicción si fuere casado y no tuviere padres (artículo 301 numeral 1o. del Código Civil)

g. Los hijos mayores de edad, cuando el declarado en estado de interdicción no sea casado y no tenga padres (artículo 301 numeral 3o. del Código Civil)

h. Los abuelos en el orden establecido para la tutela legítima (artículo 299 del Código Civil) cuando el declarado en estado de interdicción carezca de padres, cónyuge e hijos.

i. Los tutores específicos cuando exista conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela. (art. 306 del Código Civil)

j. Los tutores legales. Los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados desde el momento de su ingreso. (artículo 308 del Código Civil)

Debemos recordar entonces, que la institución de la tutela nace en ausencia de los padres en el caso de los menores de edad. La tutela de los declarados en estado de

interdicción, la ejercen únicamente el cónyuge, los hijos mayores de edad o los abuelos según sea el caso, siempre y cuando sea en ausencia de padres que ejerzan patria potestad.

La tutela sea testamentaria, legítima, judicial o específica requiere discernimiento judicial del cargo (artículo 311 y 319 del Código Civil y 418 del Código Procesal Civil y Mercantil) mismo que está sujeto a inscripción en el Registro Civil (artículo 430 y 431 del Decreto Ley 106). Así mismo, en el caso de la tutela legal ejercida por directores o superiores de establecimientos de asistencia social que acogen menores o incapacitados, su cargo no necesita discernimiento.

En conclusión, el documento a calificar en el caso de la representación de menores y de los declarados en estado de interdicción, será la certificación del acta de nacimiento de éstos, en donde deberá constar la inscripción de la tutela o se deberá acreditar la condición de padre o madre para el ejercicio de la patria potestad.

Sin embargo, calificar también implica como lo he dicho, verificar la licitud del acto o negocio en el cual interviene el notario. Si por ejemplo, se pretende disponer o gravar bienes de los menores o incapaces, además de los documentos ya relacionados, habría que tener a la vista certificación judicial o notarial del auto que aprobó las diligencias de disposición y gravamen de bienes de menores e incapaces (artículos 264, 265, 332, 1740 del Código Civil; 420 y 423

del Código Procesal Civil y Mercantil; 22 y 23 del Código de Comercio; 11, 12 y 13 del Decreto 54-77 Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.)

Así mismo, si el objeto del acto o contrato a autorizar, fueran derechos sujetos a inscripción en el Registro General de la Propiedad y el titular o propietario es una persona declarada en estado de interdicción, deberá acreditarse que dicha declaratoria conste en ese registro a través de certificación extendida por el mismo.

Vale la pena recordar que la práctica notarial nos ha evidenciado que para adquirir bienes a favor de menores de edad o incapaces, incorrectamente se ha recurrido a la figura del gestor de negocios, olvidándose de las formas específicas de representación legal de éstos.

Por último, si se persigue una efectiva intervención notarial, habrá que tener presente que en Guatemala, los menores de edad se encuentran facultados para algunos actos permitidos por la ley, como contratar su trabajo o el derecho de la mujer a reconocer sus hijos, entre otros.

3.3.2 CALIFICACION DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL AUSENTE Y DE LOS ACTOS Y CONTRATOS EN QUE INTERVIENE

El cargo de representante legal del ausente recae:

a. En el defensor judicial, preferentemente en el apoderado sin facultades suficientes para la defensa en juicio (artículo 45 del Código Civil)

b. En cualquier persona de notoria honradez, arraigo y competencia que funja de igual forma como defensor judicial. (Artículo 45 del Código Civil). En estos dos casos, el nombramiento tiene como único objeto, responder a una demanda o hacer valer algún derecho en juicio.

c. En el guardador de bienes, cuando el ausente tenga bienes que deban ser administrados. Esta forma de representación excluye al defensor judicial. (artículo 47 del Código Civil)

d. En el defensor específico nombrado para la representación judicial del ausente en las diligencias de nombramiento de guardador de bienes.

e. En el administrador, cuando los parientes administran los bienes del ausente. (artículos 55 y 59) del Código Civil. Esta forma de representación excluye al guardador.

En este último caso, la administración de bienes puede ejercitarla el cónyuge e hijos del ausente y a falta de ellos, los parientes consanguíneos en el orden de sucesión que establece la ley. (Artículo 55 del Código Civil).

La declaratoria de defensor judicial, guardador, defensor específico y administrador, requieren discernimiento y nombramiento judicial del cargo.

En estos casos, es solamente sujeto a registro la posesión provisional o definitiva de los bienes del ausente. (artículos 68 y 1125, numeral 11 del Código Civil)

Además, de igual forma se requiere de la declaratoria judicial o notarial de disposición y gravamen de bienes de ausentes (artículos 60 del Código Civil; 11, 12 y 13 del Decreto 54-77 y del 418 al 424 del Código Procesal Civil y Mercantil.

En resumen, el notario califica:

La certificación del nombramiento judicial de defensor judicial o guardador o administrador;

si fuere el caso;

Certificación judicial o notarial del auto que aprobó las diligencias de disposición o gravamen de bienes de ausentes;

3.3 CALIFICACION DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL ESTADO Y DE LOS ACTOS Y CONTRATOS EN QUE INTERVIENE

El cargo de representante legal del Estado recae en el Procurador General quien ejerce la personería de la Nación. Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 13 y 14 del Decreto 512 del Congreso de la República)

El artículo 13 del Decreto 512 estipula: "El ejercicio de la personería de la Nación comprende las siguientes funciones:

a. Representar y sostener los derechos de la Nación en todos los juicios en que fuere parte, de acuerdo con las instrucciones del Ejecutivo, y promover la oportuna ejecución de las sentencias que se dicten en ellos.

2o. Intervenir, si así lo dispusiere el Ejecutivo y conforme a las instrucciones de éste, en los negocios en que estuviere interesada la Nación, formalizar los actos y suscribir los contratos que sean necesarios a tal fin.

3o. Cumplir los deberes que, en relación con esta materia, señalen otras leyes al Ministerio Público o al Procurador General de la Nación. "

El Procurador General de la Nación es nombrado por el Presidente de la República y se requiere para optar al cargo, ser abogado colegiado y tener las mismas calidades correspondientes a magistrado de la Corte Suprema de Justicia (Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala)

La representación se acredita con el acuerdo gubernativo de nombramiento y el acta de toma de posesión del cargo.

Debemos tener presente que el artículo 19 del Decreto 512 del Congreso de la República refiere que "Sin expresa autorización del correspondiente Ministerio de Estado, el Procurador General no puede absolver posiciones ni contestar demandas, pedir el sobreseimiento de los asuntos, celebrar transacciones o compromisos, o desistir de los juicios o recursos que promueva en ejercicio de la personería de la Nación. Tampoco podrá dejar de promover los recursos pendientes contra las resoluciones desfavorables, en todo o en parte, a los intereses que represente en ejercicio de esa misma personería..."

Sabemos que actualmente la Procuraduría General de la Nación carece de ley orgánica, ya que el Decreto 512 del Congreso de la República se concreta a regular la estructura y funcionamiento del Ministerio Público y del Procurador General de la Nación y siendo que existe un "Proyecto de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Nación", es importante resaltar algunos artículos del mismo, íntimamente relacionados con nuestro tema.

"ARTICULO 1o. DEFINICION. La Procuraduría General de la Nación es la institución constitucional que tiene la representación del Estado de Guatemala....."

ARTICULO 2o. Funciones. Son funciones de la Procuraduría General de la Nación:

1o. Ejercer la representación del Estado.

2o. Representar provisionalmente a los ausentes, menores e incapaces, mientras éstos no tengan personero legítimo, y supervisar y dirigir el ejercicio de la representación y cuidado de menores e incapaces, si están internos en cualquier institución que la ejerza.

ARTICULO 6o. FUNCIONES DEL PROCURADOR. El Procurador General de la nación tiene a su cargo las siguientes atribuciones:

1. Ejercer la representación del Estado, sujeto a los criterios de legalidad, imparcialidad, objetividad y fidelidad a su razón de ser, lo que incluye:

1.1 Representar y sostener los derechos de la Nación en todos los juicios en que fuere parte, tanto nacional como internacionalmente de acuerdo con la ley, los intereses del Estado y la información que reciba de sus distintos órganos. Asimismo promoverá la oportuna ejecución de las sentencias que se dicten en ellos.

1.2 Intervenir en los negocios importantes en que estuviera interesado el Estado, formalizando actos y suscribiendo los contratos que sean necesarios a tal fin, conforme las instrucciones recibidas del órgano de que se trate, supeditadas éstas a su legalidad y a los fines del Estado.

1.3 Representar al Estado en las Sociedades Mercantiles de las que sea socio o en las que tengan participación de

cualquier tipo las entidades públicas que, con bienes adscritos a su nombre, carezcan de personalidad jurídica propia.

1.4 Defender los intereses del Estado judicial y extrajudicialmente.

4. Delegar la personería en los Abogados y funcionarios de la Institución para que la ejerciten en los asuntos de orden administrativo, fiscal, civil, mercantil, laboral, penal, económico coactivo, de cuentas, o en cualquier otro en que tenga interés el Estado. También podrá delegar dicha personería para casos o materias específicas en cualquier abogado colegiado activo, en Guatemala o en el país de que se trate y en funcionarios de las Instituciones del Estado, entidades descentralizadas o autónomas.

En aquellos casos en que sea aconsejable que la representación del Estado la ejerzan especialistas, podrá delegar en personas que no sean abogados.

Los personeros del Estado por delegación del Procurador General deben proceder de acuerdo con las instrucciones que en cada caso les comunique aquél. No obstante, podrá intervenir personalmente en los asuntos que hubiese delegado así como revocar la delegación efectuada.

Publicados los nombramientos o delegaciones de personería en el Diario Oficial, no será preciso que acrediten su personería los nombrados o quienes las ejerzan, bastará con que indiquen la fecha de publicación del nombramiento o delegación de personería de que se trate."

Del anterior proyecto de ley son criticables algunos tópicos como el hecho de que se pretende acreditar personerías con la simple publicación de nombramientos en el Diario Oficial y más aún que sólo debe indicarse fecha de la misma.

Lógicamente este procedimiento en nada garantizaría una efectiva calificación notarial.

En resumen, el notario califica:

- a. El acuerdo gubernativo de nombramiento y el acta de toma de posesión del cargo si se trata del Procurador General de la Nación.
- b. El nombramiento o el poder otorgado por el Procurador General de la Nación a favor de otros funcionarios de la institución cuando se refiera a asuntos determinados susceptibles de ser delegados. Art. 2o. Decreto 512 del Congreso de la República.
- c. Las autorizaciones correspondientes emitidas por el órgano ejecutivo cuando sea necesario.

3.3.4 CALIFICACION DEL REPRESENTANTE LEGAL DE LA MUNICIPALIDAD Y DE LOS ACTOS Y CONTRATOS EN QUE INTERVIENE

El Alcalde Municipal es el representante legal de la municipalidad quien asume el cargo por elección popular. El Alcalde preside y representa la Municipalidad. Es el personero legal de la misma. (artículo 60 del Decreto 58-88)

Así mismo, pueden representar a las municipalidades los síndicos quienes tienen el carácter de mandatarios judiciales, debiendo ser autorizados expresamente por la Corporación Municipal para el ejercicio de facultades especiales de conformidad con la ley. Así mismo, la Corporación Municipal puede nombrar mandatarios judiciales y extrajudiciales (artículos 41 inciso e), 63 inciso a) del Decreto 58-88 del Congreso de la República)

Debemos tener presente que existen disposiciones especiales como las que refieren a la autorización de la Corporación Municipal para la venta, permuta y arrendamiento de bienes municipales o para la condonación y rebaja de multas (artículos 88 y 93 del Decreto 58-88) o la autorización del Organismo Ejecutivo y diversos dictámenes favorables para la contratación de empréstitos (Artículo 90 del Decreto 58-88).

Es decir, el notario califica:

a) Certificación expedida por la Junta Electoral Departamental de la elección que declara al Alcalde como tal (artículos 171, 172 y 177 inciso c) de la Ley Electoral y de Partidos Políticos); y,

b) Certificación expedida por el Secretario de la Corporación Municipal del Acta de toma de posesión del cargo (artículos 73 inciso d) del Decreto 58-88 del Congreso de la República).

Estos documentos se requieren tanto al Alcalde como al Síndico, cuando ejercen representación de la Municipalidad.

c) Así mismo, cuando se refiera a mandatos judiciales y extrajudiciales se deberá tener a la vista certificación expedida por el secretario de la Corporación Municipal del acta que contiene dichas disposiciones.

d) No habrá que olvidar la observancia de autorizaciones específicas para determinados actos y contratos.

3.3.5 CALIFICACION DEL REPRESENTANTE LEGAL DE UN BANCO Y DE LOS ACTOS Y CONTRATOS EN QUE INTERVIENE

Inicialmente debemos recordar que el Decreto 315 del Congreso de la República que contiene la Ley de Bancos regula que los Bancos nacionales, privados o mixtos, deberán constituirse en forma de sociedades por acciones de responsabilidad limitada con arreglo a la legislación general de la República.

Los bancos nacionales del Estado se constituirán en la forma que establezcan las leyes que regulen su organización. Así pues, los representantes legales de los mismos quedan sujetos a lo que estipule la ley orgánica de éstos.

Derivado de ello, los bancos estatales pueden tener varios representantes legales (Presidente, Vice presidente, Gerente) quienes acreditan su personería con:

- a) Acta de nombramiento expedida por notario en base al acuerdo gubernativo en que se hizo la designación del mismo, la cual debe inscribirse en el Registro Mercantil General de la República. (artículo 338 numeral 1o. Decreto 2-70 del Congreso de la República); y,
- b) Acta que documenta la toma de posesión del cargo.

Para los bancos privados, también es necesaria el acta notarial de nombramiento autorizada por notario con base en la escritura social de constitución y el libro de actas en que se hace la designación del representante. Esta acta debe registrarse en el Registro Mercantil General de la República (artículos 162, 164, 166, 168, 181 del Decreto 2-70 del Congreso de la República)

Recordemos que las facultades de los representantes legales de las instituciones bancarias derivan directamente de lo que estipule su ley orgánica, la escritura de constitución o las decisiones de los órganos directivos de los mismos.

3.3.6 CALIFICACION DEL REPRESENTANTE LEGAL DE UNA ENTIDAD PRIVADA Y DE LOS ACTOS Y CONTRATOS EN QUE INTERVIENE

Para entidades privadas como sociedades mercantiles, es necesario calificar el acta notarial de nombramiento autorizada por notario, con base en la escritura social de constitución y el libro de actas de la entidad, cuando en éste conste la designación.

En este caso, la designación o nombramiento puede constar también en la misma escritura social de constitución.

Ejercen representación legal de éstas, los administradores únicos, gerentes, mandatarios y el Consejo de administración.

Los administradores y gerentes también pueden acreditar personería con un contrato de trabajo.

El consejo de administración podrá otorgar poderes a nombre de la sociedad, pero el administrador único podrá hacerlo solamente si estuviere facultado para ello por la escritura social o la asamblea general.

Recordemos que el artículo 188 de la Ley del Organismo Judicial estipula que "...las personas jurídicas que no quieran concurrir por medio de sus presidentes, gerentes o directores, pueden comparecer por medio de mandatarios judiciales, a cualquier acto siempre que tengan conocimiento de los hechos objeto del proceso. En el caso de las sociedades constituidas en el extranjero, sus representantes que tengan facultades judiciales deberán sustituirlas en un abogado, para comparecer a juicio, si no tienen esa profesión."

Los nombramientos de los administradores (miembros del Consejo de Administración y administradores únicos), no pueden hacerse por un periodo mayor de tres años y su reelección es permitida.

Sin embargo, es importante mencionar que si un administrador pretende ejercer representación una vez concluido el plazo para el que fué nombrado, éste podrá continuar en el desempeño de sus funciones mientras su sucesor no haya tomado posesión del cargo. Esto significa que el notario deberá observar que aunque el nombramiento esté vencido, es factible poder calificarlo y legitimarlo y bien podría exigirse en estas condiciones que a través de alguna asamblea se ratifiquen sus facultades y se estipule la inexistencia de sustituto nombrado.

Los nombramientos de gerentes tienen carácter indefinido.

Estos nombramientos deben estar inscritos en el Registro Mercantil General de la República y en el caso de los mandatos, de igual forma en la Dirección del Archivo General de Protocolos.

Para las asociaciones, debe calificarse copia certificada extendida por el Ministerio de Gobernación en donde conste el acuerdo gubernativo de aprobación de estatutos y reconocimiento de personalidad. Así mismo, certificación extendida por el secretario de la misma en donde conste el acta de designación. Este nombramiento debe inscribirse en el Registro Civil.

Es importante tener presente, lo que el artículo 18 del Código Civil estipula: "Las instituciones, los establecimientos de asistencia social y demás entidades de interés público, regulan su capacidad civil por las leyes que las hayan creado o reconocido y las asociaciones por las reglas de su institución aprobadas por el Ejecutivo cuando no hubieren sido creadas por el Estado."

Las sociedades, consorcios y cualquier otra con fines lucrativos, quedan sujetos a lo convenido en su escritura

constitutiva o sus estatutos debidamente aprobados por la autoridad que corresponda.

Por último, es importante recordar que el artículo 24 del Código Civil regula "Las personas jurídicas son civilmente responsables de los actos de sus representantes que en el ejercicio de sus funciones perjudiquen a tercero, o cuando violen la ley o no la cumplan quedando a salvo la acción que proceda contra los autores del daño."

La calificación del ejercicio de las facultades de los representantes legales de instituciones, establecimientos de asistencia social, entidades de interés público, asociaciones, sociedades y consorcios quedan supeditadas al análisis de las leyes que las han reconocido, estatutos de aprobación, escritura constitutiva y delegaciones otorgadas por los órganos de dirección los mismos.

En cuanto a empresas mercantiles, observamos que erróneamente se califica al propietario y eventualmente a los administradores (auxiliares de comercio) como representantes legales, pero debemos tener presente que el artículo 4o. del código de comercio regula que las empresas mercantiles son cosas mercantiles y por lo tanto, no son susceptibles de ser representadas, no son personas jurídicas. El notario debe hacer constar que tiene a la vista patente de comercio persiguiendo calificar un título o comprobante de la titularidad de la empresa y no una representación legal.

3.3.7 CALIFICACION DEL REPRESENTANTE LEGAL DE UNA PERSONA INDIVIDUAL Y DE LOS ACTOS Y CONTRATOS EN QUE INTERVIENE

Ya hemos dicho que no siempre el titular de un derecho u obligación está en posibilidad física de comparecer por sí ante notario a ejercitarlos. Esta imposibilidad puede devenir de que simplemente no quiera o no puedan hacerlo.

Las personas que pueden representar a una persona individual en estas circunstancias son el mandatario, el apoderado y el gestor de negocios.

El artículo 1686 del Código Civil establece: "Por el mandato, una persona encomienda a otra la realización de uno o más actos o negocios. El mandato puede otorgarse con representación o sin ella. En el mandato con representación, el mandatario obra en nombre del mandante y los negocios que realice dentro de las facultades que se le hayan conferido, obligan directamente al representado. En el mandato sin representación, el mandatario obra en nombre propio, sin que los terceros tengan acción directa contra el mandante."

El artículo 1687 del mismo cuerpo legal contempla la figura del apoderado y el 1605 regula lo relativo al gestor de negocios, figura ésta que trataré en el siguiente capítulo.

Es importante resaltar algunos aspectos de las normas legales relacionadas en este tema;

1) El otorgamiento del mandato, en principio, debe constar en escritura pública y este es requisito esencial para su existencia y debe ser aceptado expresa o tácitamente (Artículo 1687 del Código Civil). La aceptación tácita deviene del ejercicio de las facultades conferidas en el mismo mandato.

2) Así mismo es obligatorio que el mandato conste en escritura pública cuando se refiera a la enajenación o gravamen de bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos.

3) Se puede otorgar mandato en documento privado, legalizado por notario, o en acta levantada ante el alcalde o juez local cuando se trate de asuntos cuyo valor no exceda de mil quetzales.

4) Pueden otorgarse cartas-poderes para la asistencia a juntas y otros actos permitidos por la ley.

5) Pueden ser objeto de mandato, todos los actos y negocios para los que la ley no exige intervención personal del interesado.

6) No se puede otorgar poder para testar o donar por causa de muerte ni para modificar o revocar dichas disposiciones.

7) El mandato es general o especial. El general comprende todos los negocios del poderdante y el especial se contrae a uno o más asuntos determinados.

8) Los representantes de los menores, incapaces o ausentes, no pueden dar poder general sino solamente especial para asunto determinado que no pueda ser atendido personalmente por ellos.

9) Se necesita poder especial para donar entre vivos, contraer matrimonio, otorgar capitulaciones matrimoniales, pactar las bases referentes a la separación o al divorcio, demandar la nulidad o insubsistencia del matrimonio, constituir patrimonio de familia, reconocer hijo y negar la paternidad.

10) El poder general necesita cláusula especial para enajenar, hipotecar, afianzar, transigir, gravar o disponer de cualquier otro modo la propiedad del mandante, y para todos los demás actos en que la ley lo requiera. La facultad para celebrar negocios o contratos implica la de otorgar los correspondientes documentos.

11) For las personas juridicas confieren poder las personas individuales que las representen, debiendo limitarse el mandato a los negocios que son objeto de la sociedad.

12) Es válido el poder otorgado en el extranjero con sujeción a las formalidades externas prescritas por las leyes del lugar en que se otorga; pero si para el acto o contrato, objeto del poder, la ley de Guatemala exige facultad especial, debe sujetarse a lo dispuesto en ésta.

13) El mandato en que se le confiere al apoderado la facultad de otorgar poderes o sustituir el que se le otorga, no autoriza al mandatario para dar facultades no comprendidas en el mandato ni más amplias que las que le fueron conferidas.

14) Es nulo lo que el apoderado haga excediéndose de los límites del mandato.

15) El testimonio de la escritura pública del mandato y el de la revocación deben presentarse al Archivo General de Protocolos de la Presidencia del Organismo Judicial y en los registros que proceda conforme a la ley.

16) Los mandatarios judiciales tienen facultades suficientes para realizar toda clase de actos procesales y necesitan que se les confiera facultades especiales para determinados actos en que la ley lo requiere.

17) El mandato general que no exprese duración, se considera conferido por diez años, contados desde la fecha del otorgamiento, salvo prófuga otorgada con las mismas formalidades del mandato.

Derivado de lo anterior, al calificar el notario el acto o contrato a autorizar debe estimar su forma, es decir si es viable a través de mandato en escritura pública, mandato en documento privado con firma legalizada, acta levantada ante el alcalde o juez local o carta poder; debe considerar la forma de su aceptación pues recordemos que algunos actos requieren aceptación expresa del mandatario; debe establecerse si la clase de mandato es el idóneo, si las facultades conferidas son suficientes para la intervención del mandatario y si éste reúne las calidades exigidas por la ley; debe recordar que para algunos actos no es factible la representación a través del mandato y que algunos requieren cláusulas y facultades especiales. Por último, debe contemplar la vigencia del mandato y su debida inscripción en los registros públicos que proceda conforme a ley.

CAPITULO III

LA GESTION DE NEGOCIOS

LA NEGOTIORUM GESTIO

1. LA GESTION DE NEGOCIOS Y SU NATURALEZA JURIDICA

1.1 CONCEPTO Y NATURALEZA

Para el diccionario de la Lengua Española, gestor de negocios es: "El que sin tener mandato para ello, cuida bienes, negocios o intereses ajenos, en pro de aquel a quien pertenecen." /15

"Persona que, sin mandato expreso ni tácito, se encarga voluntariamente de administrar los negocios de otro o de velar por sus intereses. En principio requiere la aprobación o ratificación del dueño o haber promovido efectivamente la utilidad de éste. Es decir, ha de constituir una gerencia leal de su patrimonio y no una injerencia lucrativa, perjudicial o de mera curiosidad."/16

"La negotiorum gestio romana constituye un cuasicontrato definido por Escriche como aquel en que una persona toma por sí misma, a su cargo, el cuidado o dirección de los negocios de un ausente, sin haber recibido poderes de él, e incluso sin su conocimiento lo cual le obliga a dar cuenta de su administración, pero con derecho a exigir los gastos legítimos realizados.

1. Lineamiento. Conocida hace milenios, la gestión de negocios ajenos, en su tipificación civil, corresponde a un

/15 Diccionario de la Lengua Española, Pág. 1038

/16 Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Pág.483

sentimiento natural de amparo que lleva a legalizar, por bienintencionada, una intromisión en patrimonio de otro o en su círculo familiar. Ante el abandono, deliberado (por ruptura de vínculos), casual (demencia o amnesia súbitas) o forzoso (movilización, secuestro o cautiverio), de las cosas propias y de aquellos a que se estuvo ligado hasta entonces, alguien, de su familia por lo común, cuando tiene capacidad natural y jurídica para ello, o uno de su amistad en otro supuesto, asume un papel de benévolo tutor por iniciativa espontánea; pero con la presunta aprobación del favorecido, por elementales deberes y reacciones de gratitud en la generalidad de los casos.

El gestor oficioso tiende ante todo a evitar males o perjuicios antes que a emprender negocios que el titular no practicaba.

Unas veces puede tratarse de un acto aislado; con más frecuencia se está ante una situación duradera, ante la lejanía, la ausencia ignorada o el impedimento de aquel de cuyas cosas se cuida. Suele constituir el prólogo de la declaración de ausencia que se concreta, no habiendo personas capaces y con preferencia legal, en el sentido de que continúe gestionando y dirigiendo quien espontáneo había asumido tales funciones "...} El error sobre la persona no desnaturaliza el acto; pero no habrá gestión de negocios si, creyendo el gestor hacer un negocio suyo, hiciere los negocios de otro, ni cuando la gestión ha tenido sólo la intención de practicar un acto de liberalidad. Comenzada la gestión, es obligación del gerente continuarla y acabar el negocio y sus dependencias, hasta que el dueño o interesado se halle en estado de proveer por sí, o bien hasta que puedan proveer sus herederos, si muriese durante la agencia.... "

/17

Es evidente que nadie puede inmiscuirse en los asuntos ajenos, pero ya desde el Derecho romano se hizo una excepción para aquellos casos en que la gestión mira al propio interés de la persona a quien afecta.

Por otra parte, la diferencia con las obligaciones legales es clara pues en éstas el que realiza un acto lo hace por imperio legal y en la gestión falta toda idea de obligatoriedad.

Así pues, la gestión de negocios ajenos se nos parece, ante todo, como un acto espontáneo y voluntario realizado en provecho ajeno, y como quiera que no existe encargo del interesado para llevar a cabo esa gestión, al no haber previo acuerdo no cabe hablar de contrato, pues no existe voluntad de éste, ni expresa ni tácita. Es por tanto, la gestión de negocios ajenos la que se realiza espontáneamente, sin obligación legal ni mandato del interesado, en provecho de éste.

Se parece pues al mandato pero falta el acuerdo entre ambas partes, propio de todo contrato. Por eso, si el dueño del negocio ratifica los actos del gestor, se producen los efectos del mandato expreso y opera retroactivamente, (artículo 1611 Código Civil).

En conclusión, nuestra legislación encuadra la gestión de negocios como fuente de obligaciones provenientes de hechos lícitos sin convenio y de ello deriva precisamente que sea considerado un cuasicontrato, es decir, un "hecho lícito del cual, por equidad, derivan nexos jurídicos"/18

1.2 ELEMENTOS PERSONALES

Se denominan dueño o dueño del negocio o interesado para referirse al ausente o representado (*dominus negotii*) y gestor para designar al administrador oficioso.

Entre el primero y el segundo no puede haber previamente ni mandato para obrar ni prohibición de hacerlo. El requisito de no existir mandato obedece a que, en el supuesto contrario, surgiría una relación jurídica por completo distinta; como un mandato, un arrendamiento de servicios, un contrato de trabajo. Si existe una prohibición especial del dueño nos encontramos ante una intromisión difícil de conciliar, salvo extrema necesidad y estricta buena fe.

1.3 REQUISITOS

Del concepto expuesto se deducen los requisitos para que exista gestión de negocios ajenos, a saber:

a) Que existan uno o más actos de gestión realizados espontáneamente.

Es preciso que se realicen determinados actos de gestión y que la gestión sea plenamente espontánea. No hay por tanto, gestión si hay que realizar los actos por imperativo legal o si se ha recibido encargo del interesado, pues en esos casos se tratará de una obligación legal o del mandato, respectivamente. A este requisito se refiere el Código al aludir al "que sin convenio se encarga voluntariamente de los negocios de otro" (Artículo 1605 del Código Civil)

b) Que el gestor tenga intención de gestionar negocios ajenos (*animus aliena negotia gerendi*).

Es el requisito más característico de la gestión. Por tanto, si el gestor realiza el negocio con la intención de obtener un lucro (ánimo depraedandi) o con intención de liberalidad (ánimo donandi), no cabría hablar de gestión de negocios ajenos, sino de otras consecuencias.

Que no haya prohibición por parte del dueño del negocio.

No obstante, el gestor que actúe prohibente domino, tendrá la acción de in rem verso para conseguir el reembolso de los gastos hechos en la medida que hayan enriquecido al dominus. (Artículo 1610 y 1614 del Código Civil)

Que se asuma la gestión con utilidad (utiliter gestum).

Apreciada la utilidad en el momento en que el acto se realiza, aunque luego desaparezca, como en el caso de que se hace la reparación de una casa, ésta quede destruida después. (Artículo 1605 del Código Civil).

Así lo estipula el artículo 1613 del Código Civil "La utilidad o necesidad del gasto en que incurra el gestor, se apreciará no por el resultado obtenido, sino según las circunstancias del momento en que se hizo." En voluntaria la relación en su comienzo, una vez injerido en la esfera patrimonial de otro, la utilidad también implica un máximo celo patrimonial al servicio ajeno.

Que la gestión de negocios opere en el ámbito de las operaciones de giro habitual del dueño.

El artículo 1610 del Código Civil establece: "El gestor responderá del caso fortuito cuando verifique operaciones

distintas del giro habitual de los negocios del dueño..."

Cuando se den estos requisitos, la gestión produce sus efectos, creando obligaciones tanto a cargo del gestor como del dominus negotii.

2. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL GESTOR DE NEGOCIOS

2.1 DERECHOS DEL GESTOR DE NEGOCIOS

a) El gestor puede reclamar se le indemnice de los gastos necesarios y útiles que hubiere hecho y los perjuicios que hubiere sufrido en el desempeño de la gestión. (Repetición)

b) El gestor puede reclamar indemnización del interesado también en aquellos casos en que la gestión de negocios, tuvo por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ellos no resultare provecho alguno.

c) El gestor de negocios que haya prestado alimentos a nombre del interesado puede reclamarlos de éste a no ser que conste que los dió por motivo de piedad y sin ánimo de reclamarlos.

d) El gestor de negocios que haya incurrido en gastos funerarios del interesado, podrá reclamarlos de los bienes del causante y/o deducirlos legalmente de las personas que en vida habrían tenido obligación de alimentarle, siempre y cuando dichos gastos se hayan hecho en relación a la posición social de la persona y los usos del lugar.

Recordemos que la utilidad o necesidad del gasto en que incurre el gestor, se apreciará según las circunstancias del momento que se hicieron.

2 OBLIGACIONES DEL GESTOR DE NEGOCIOS

"El que sin convenio se encarga voluntariamente de los negocios de otro, está obligado a dirigirlos y manejarlos únicamente en provecho del dueño. Cesará la gestión desde el momento en que el interesado o quien lo represente, se personare en el negocio." (Artículo 1605 del Código Civil).

De lo anterior se deduce que el ejercicio de la gestión, impone al gestor la obligación de dirigir y manejar la misma con utilidad y en provecho del dueño.

) El gestor debe desempeñar su encargo con toda la diligencia del caso. Debe responder del caso fortuito cuando verifique operaciones distintas del giro habitual de los negocios del dueño, cuando hubiere postpuesto el interés de éste al suyo propio, o cuando inició la gestión contra la voluntad manifiesta o presunta del dueño.

En esa responsabilidad del gestor por caso fortuito, si sobreviene que habría sobrevenido igualmente, aunque se hubiera abstenido de la gestión.

) Si el gestor delegare en otra persona todos o algunos de sus deberes de su cargo, responderán tanto éste como el gestor delegado para con el propietario del negocio. La responsabilidad de los gestores, cuando fueren dos o más, será solidaria. (Art.1608 del Código Civil)

) El gestor debe dar aviso de su gestión al dueño tan pronto como sea posible y esperar su decisión, a menos que haya peligro en la demora. Si no es posible dar ese aviso, el gestor debe continuar su gestión hasta que concluya el asunto.

) El gestor queda sujeto en el ejercicio de la gestión a las obligaciones y responsabilidades del mandatario en lo que sean aplicables.

Esto significa entre otros:

-Que el gestor, una vez iniciada la gestión, queda obligado a desempeñar con diligencia su función y responde de daños y perjuicios que pueda ocasionar cualquier omisión.

-Que el gestor no debe separarse ni excederse de las facultades y límites de la gestión.

-Que el gestor está obligado a dar cuenta de su administración y a informar de actos en que lo ha representado.

-Que el gestor de negocios queda sujeto a responsabilidades hasta el momento en que el interesado o quien lo represente se apersona al negocio.

3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL INTERESADO O DUEÑO DE BIENES O NEGOCIOS (DOMINUS NEGOTII)

3.1 DERECHOS DEL INTERESADO O DUEÑO DE BIENES O NEGOCIOS

a) Reclamar del gestor en caso fortuito cuando éste verifique operaciones distintas del giro habitual de los negocios del dueño, cuando hubiere pospuesto el interés de éste al suyo propio, o cuando inició la gestión contra la voluntad manifiesta o presunta del interesado.

b) Reclamar en contra del gestor de negocios los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la imprescisión de su función por separación o extralimitación.

c) Exigir del gestor cuentas de su administración.

3.2 OBLIGACIONES DEL INTERESADO O DUEÑO DE BIENES O NEGOCIOS

a) Como hemos visto, si el dueño ratifica la gestión, se producen los efectos del mandato expreso y opera retroactivamente (Artículo 1611 del Código Civil); por lo que en este caso hay que estar a las obligaciones que resultan para el interesado de las reglas de este contrato.

b) Si no hay ratificación, "el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma (la gestión) será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo. La misma obligación le incumbirá cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultase provecho alguno."

Recordemos que la indemnización referida tiene carácter de excepción, pues en principio el dueño del negocio oficiosamente cuidado por otro, no se encuentra en la obligación de pagar retribución alguna por los servicios ni a responder de los perjuicios resultantes de la gestión.

c) El obligado a prestar alimentos debe reconocer al gestor, los alimentos que en su nombre haya prestado a excepción que conste que éste los dio por motivo de piedad y sin ánimo de reclamarlos.

4. CALIFICACION DE LA REPRESENTACION LEGAL EJERCIDA POR GESTOR DE NEGOCIOS Y DE LOS ACTOS Y CONTRATOS EN QUE INTERVIENE

Incluyo al gestor de negocios como una forma de representación legal de personas individuales, pues aunque podría producirse confusión, recalco que el gestor no puede

representar personas jurídicas colectivas ni a ninguna otra persona que tenga una forma específica de representación, aún cuando éstas no tengan designado o nombrado un representante.

Se dice comunmente que el gestor de negocios actúa en favor del interesado, sólo en lo que le favorece a éste, es decir, que el gestor puede aceptar derechos en favor de su representado pero nunca obligarlo.

De lo anterior deriva precisamente la confusión de esta figura, pues según se desprende de las mismas normas legales relacionadas con el tema, el gestor si podría obligar al dueño del negocio si éste ratifica o se aprovecha de las ventajas de la misma gestión. Sin embargo, lo anterior significa una excepción a la regla.

Es lógico entonces pensar en principio, que la actuación del gestor de negocios es favorecer y aceptar cualquier derecho en beneficio del representado. Cualquier compromiso que el gestor, adquiera no obliga a su representado a excepción que éste ratifique o se aproveche de la ventaja de la gestión.

Recordemos que en la práctica notarial, se evidencian documentos e instrumentos que contienen pretendidas obligaciones adquiridas por el gestor a nombre del dueño del negocio y como el acto de la ratificación o aprovechamiento de ventajas es posterior e incierto, lógicamente se pone en riesgo la legalidad y eficacia del acto o contrato autorizado en perjuicio de los contratantes.

Ya mencioné que se ha observado que cuando existe actuación del gestor de negocios, en algunos actos y contratos se ha omitido consignar que dicha representación es suficiente conforme a ley y a juicio del notario para la celebración de los mismos. En cuanto a ello hay que considerar lo siguiente:

1o. La omisión anterior podrá devenir del hecho de que siendo la gestión de negocios una forma de representación sin título, al no existir documento, simplemente se olvida que efectivamente debe calificarse.

2o. Existe desconocimiento de lo que en realidad debe calificarse en esta forma de representación y consecuentemente qué incluye el juicio de suficiencia.

La opinión de suficiencia que el notario emite conforme a la ley y a su juicio entonces debe incluir que se ha estimado:

a) La capacidad legal del gestor y de su representado;

Recordemos que no se requiere ninguna condición especial ni para el gestor ni para el interesado. Habrá que recordar únicamente que el interesado no debe tener una forma de representación exclusiva que excluya la gestión misma y que por la naturaleza misma de la figura, el gestor de negocios puede ser cualquier persona, pero para el efecto de ejercer representación legal, tendrá que tener capacidad negocial absoluta.

b) La legalidad del negocio pretendido, lo que incluye:

- La utilidad en provecho del dueño o interesado.
- La posibilidad legal de la facultad pretendida por el gestor.
- La voluntad manifiesta o presunta del dueño para el ejercicio de la gestión.
- Que la gestión de negocios opere en el ámbito de las operaciones de giro habitual del dueño.
- La eventualidad de que el gestor pueda obligarse y el representado ser obligado.



CAPITULO IV

EFFECTOS JURIDICOS DE LA INDEBIDA CALIFICACION NOTARIAL DEL GESTOR DE NEGOCIOS COMO REPRESENTANTE LEGAL

1. LA NULIDAD

El notario es un formador del documento recepticio de la voluntad de quien lo requiere. Esta función de formación implica dos circunstancias: la configuración del acto y negocio jurídico y la formalización o materialización del instrumento público.

Con más frecuencia al notario le son imputables los errores formales en la creación de instrumentos públicos que adolecen de requisitos y elementos necesarios para su validez instrumental. Ello deriva en que son errores del notario en la creación de su obra.

Sin embargo, siendo que como ya se mencionó, el notario guatemalteco es un asesor y modelador de voluntades, un jurisperito de la contratación, debemos también considerar que es parte de su quehacer profesional, el garantizar la observancia de presupuestos y normas de carácter imperativo general y específicas, que fundamentan al propio acto o negocio a documentar. Esto significa que el notario tiene a su cargo vigilar y evitar omitir presupuestos legales, que puedan generar nulidad negocial o de fondo.

En el supuesto objeto de la presente investigación, podremos observar que la indebida calificación notarial del gestor de negocios como representante legal se traduce en errores de forma y de fondo capaces de producir nulidad instrumental y/o nulidad absoluta del negocio jurídico.

1.1 LA NULIDAD Y EL PERJUICIO CAUSADO POR LA OMISION

Doctrinariamente, la teoría de la nulidad postula que no se puede invocar la NULIDAD si no se es perjudicado por el acto viciado u omiso. Es decir, que no puede promoverse la nulidad por la nulidad misma, por la perfección del acto, o sea, la nulidad "per se". Se requiere de la existencia de perjuicio, de ser perjudicado por el acto viciado.

Este principio está ya consagrado en materia de derecho procesal. Desde luego que no pretendemos que para la promoción del órgano jurisdiccional, para la legitimación "Ad proceso", deba ser probado un perjuicio o daño directamente proveniente de la omisión o vicio en el instrumento. Lo que creo y eso es lo que aquí pretendo destacar, que para la misma seguridad del instrumento público notarial, para contribuir a la mayor garantía de la existencia y validez del instrumento notarial, debe considerarse seriamente que la procedencia de la acción respectiva de nulidad tiene que tener una causa, un interés legítimo, no sólo la facultad o derecho subjetivo proveniente de la norma.

Considero que el vínculo directo debe ser un determinado perjuicio causado por la omisión o que pueda ser causado. Qué sucedería si no hubiese perjuicio o perjudicado? Por qué declarar la nulidad de algo que no perjudica a nadie? Desde luego que la simple promoción de la acción de nulidad, no debe ser causa suficiente para estimar un interés legítimo para declarar su procedencia. Hay casos en que la omisión no perjudica a las partes, pero la declaratoria de nulidad puede beneficiar a alguna de ellas en función de no cumplir sus obligaciones. Un contrato sujeto a plazo pendiente de cumplimiento cuyo instrumento contentivo del negocio jurídico es omiso en formalidades esenciales, las que no perjudica a las partes. Incluso, relativamente ignoran el vicio, pero buscan en el instrumento una omisión esencial y promueve la nulidad sin existir un perjuicio o algo que les legitime, contrariando el sentido de la observancia y cumplimiento de las mismas formalidades esenciales.

1.2 NULIDAD FORMAL O INSTRUMENTAL

El notario debe ser un consejero de bien y un instructor de todos los participantes en el instrumento o acto notarial. Es necesario que exista correspondencia entre la responsabilidad del notario, la función pública de éste y el rigor en la observancia de formalidades esenciales para la existencia del instrumento público notarial con las posibilidades de denunciar NULIDAD DEL INSTRUMENTO PUBLICO NOTARIAL.

La omisión a formalidades esenciales, debidamente planteada su acción, apareja la nulidad del instrumento, lo hace insubsistente. Esto es necesario desde el punto de vista de la seguridad, de la certeza de los actos notariales. Y es que hay que destacar que el acto notarial no es un simple acto de concurrencia de las partes frente al notario, sino una comparecencia ante un profesional del derecho investido de fe pública, cuya actividad debidamente regulada está sujeta a la ley, a formalidades esenciales para su existencia.

Esta situación de observancia al mandato legal, da seguridad y certeza al instrumento, pero a su vez, representa potencialmente su destrucción, su anulación como acto acaecido si se omite una formalidad esencial.

El artículo 32 del Código de Notariado estipula: "La omisión de las formalidades esenciales en los instrumentos públicos, da acción a la parte interesada para demandar su nulidad, siempre que se ejercite dentro del término de cuatro años, contados desde la fecha de su otorgamiento."

En este supuesto, el instrumento público puede ser declarado nulo en un proceso ordinario, ante un tribunal del orden civil, siempre que dicho proceso sea promovido a instancia de parte interesada.

Esta es la nulidad de forma o instrumental, la que afecta al documento considerado en sí mismo y no como continente de un acto o negocio jurídico, sin perjuicio, como lo dice el licenciado Nery Muñoz "que la nulidad instrumental afecte indirectamente la validez del acto o negocio que contiene."/19

En relación a ello, Rufino Larraud refiere "Nulidad formal...Documento nulo es el que está afectado de invalidez. El instrumento nulo se halla, desde el punto de vista del derecho, en un estado de tal modo irregular para el sistema de seguridad que implica y para el régimen de su eficacia, que el legislador considera necesario, o simplemente prudente, enervar su valía jurídica..."

El documento notarial es, en efecto, el resultado del acto jurídico de autorización, mediante el cual el agente le da estricta calidad notarial y lo dota de una particular y consecuente eficacia: ese acto del escribano ocupa el centro de toda la problemática, en el tema La autorización notarial es una forma jurídica, pero a la vez, se realiza mediante un acto voluntario del agente, que puede adolecer de tantos defectos como pudiera tenerlos la manifestación de voluntad de un sujeto del negocio que el instrumento contiene. Y examinados a la luz de la teoría general de las nulidades de los actos jurídicos, esos defectos pueden ser inoperantes o -según los casos- afectar más o menos seriamente la validez del documento notarial en cuanto tal."/20

19/ "Introducción al Estudio del Derecho Notarial. Pág. 112

20/ "Curso de Derecho Notarial." Págs. 555-556

Debemos establecer que la acción de nulidad instrumental o facultad de interponerla o reclamarla, sólo la puede solicitar la parte interesada o la Procuraduría General de la Nación (Artículo 1302 del Código Civil), se puede plantear dentro de cuatro años contados desde la fecha del otorgamiento del instrumento público.

Por último, recordemos que el Código de Notariado en el artículo 32 regula "da acción a la parte interesada" para demandar la nulidad. "Parte interesada" debe comprenderse como que es un concepto jurídico. Se es "interesado" o se tiene "intereses" porque existe algo que legitima el interés, el perjuicio. El interés legítimo es el ser perjudicado.

1.2 NULIDAD NEGOCIAL

Ahora bien, los errores de fondo son los que el notario comete al momento de faccionar un instrumento público y que afectan directamente el fondo del negocio que contiene, ya sea por estar fuera del marco legal existente o porque el acto o contrato que contiene está afectado por un vicio que lo invalida. Estos errores pueden surgir de igual manera, cuando otorgantes e intervinientes inducen a error al notario. Esta especie de nulidad se rige por normas referentes a la nulidad de los actos jurídicos en el derecho civil y se denomina nulidad contractual o de fondo.

Recordemos que la validez del instrumento público contempla dos aspectos, el formal y el probatorio. El formal se refiere al cumplimiento de todas las formalidades esenciales o no esenciales que regula el Código de Notariado

y el probatorio, en cuanto a demostrar la existencia jurídica y material del negocio o acto jurídico al cual da forma, por lo que la nulidad del instrumento público está constituida por la falta de validez del mismo. La nulidad instrumental es la negación de las consecuencias jurídicas asignadas al instrumento público, por omisión de las formalidades esenciales que regula el Código de Notariado; y, la nulidad negocial o de fondo, por omisión de requisitos esenciales que dan sustentación jurídica al mismo y que se encuentran reguladas en diversas leyes.

2. CASOS MAS COMUNES DE INDEBIDA CALIFICACION NOTARIAL DEL GESTOR DE NEGOCIOS Y SUS EFECTOS JURIDICOS

A continuación veremos los casos de indebida actuación notarial que se evidencian con más frecuencia, en qué consisten, qué efectos producen y como se interpretan.

2.1 AUTORIZACION DE DOCUMENTOS NOTARIALES EN LOS CUALES EL GESTOR PRETENDE VENDER BIENES DEL DUERO O INTERESADO

Recordemos que el artículo 1301 del Código Civil refiere: "Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia."

En el presente caso, nos encontramos ante un vicio que deriva en nulidad absoluta del negocio jurídico.

Existe vicio que surge precisamente del ejercicio de una

representación que no tiene sustentación en cuanto al negocio en cuestión. Ni un gestor de negocios, ni cualquier clase de representante legal, puede disponer de bienes de sus representados, a no ser que sean expresamente autorizados por éstos o por resoluciones judiciales o extrajudiciales que así lo dispongan.

Al referirse la ley que el consentimiento no adolezca de vicio, significa que la manifestación de voluntad no tenga ningún defecto que la haga ineficaz, que pueda devenir del conocimiento equivocado de una cosa, o de la imposibilidad de determinarse libremente o de dolo o simulación.

Recordemos que el artículo 1794 del Código Civil estipula: "Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad. La venta de cosa ajena es nula y el vendedor debe restituir el precio si lo hubiere recibido y responder de daños y perjuicios si hubiere procedido de mala fé."

2.2 AUTORIZACION DE DOCUMENTOS NOTARIALES EN LOS QUE EL GESTOR DE NEGOCIOS DESEA ADQUIRIR BIENES POR ABONOS A FAVOR DEL INTERESADO

Ya vimos que un sentido amplio, el gestor de negocios no puede disponer de bienes del dueño de bienes. En este capítulo y específicamente refiriéndonos a la compra venta, veremos su actuación cuando representa intereses del comprador, es decir, cuando la compraventa es en favor del dueño del negocio.

En las ventas al contado, el gestor constituye un auxiliar del notario para viabilizar un negocio determinado y

un representante del comprador para tal fin. En efecto, el notario puede recomendar en esta modalidad de venta, ante la ausencia del comprador, que sea un gestor de negocios el que lo represente siempre y cuando, reitero, dicha compraventa no se encuentre sujeta a obligación alguna o al cumplimiento de condición ni que el comprador ausente tenga una forma de representación exclusiva que excluya al gestor mismo.

Situación distinta sucede en la compraventa por abonos que se encuentra regulada en el artículo 1834 del Código Civil.

El gestor de negocios no puede adquirir un bien generando la obligación de pago a su representado. Al final de cuentas, la compra venta otorgada en estas circunstancias también obligaría al comprador:

-A compensar por el uso de la cosa. Artículo 1836 Código Civil.

-A indemnizar por uso y depreciación en caso de resolución. Artículo 1837 del Código Civil.

-A pagar gastos de uso, conservación y reparaciones de cosa mueble y pago de impuestos y licencias.

En definitiva, el gestor de negocios no puede adquirir bienes por abonos a favor de su representado, ya que ello generaría nulidad absoluta del negocio jurídico.

2.3 AUTORIZACION DE DOCUMENTOS NOTARIALES EN LOS QUE EL GESTOR DE NEGOCIOS PERSIGUE CONSTITUIR GRAVAMENES (PRENDA, HIPOTECA, SERVIDUMBRES)

El artículo 835 del Código Civil estipula: "Sólo puede

potecar el que pueda enajenar, y únicamente pueden ser potecados los bienes inmuebles que puedan ser enajenados."

Del análisis del artículo anterior, se deduce que para enajenar se requiere legitimación (ver artículos 8, 16, 17, 103, 131, 176, 264, 266 y 332 inc.1o. del Código Civil). Esta legitimación se requiere de igual forma al constituir rentas, servidumbres y otras.

En el caso de las servidumbres, recordemos que al artículo 752 del Código civil regula que se trata de un gravamen. En algunos casos, el gestor de negocios actuando a nombre del propietario de un predio sirviente y en más reiteradas ocasiones actuado a nombre del propietario de predios dominantes, pretende constituir servidumbres voluntarias. En ambos casos es improcedente tal actuación porque de la naturaleza misma de las servidumbres se infiere que existen obligaciones que se imponen a los propietarios de ambos predios, obligaciones éstas que únicamente pueden ser asumidas por los titulares. (artículo 809 del Código Civil)

Por el sólo hecho de su función, el gestor de negocios no puede gravar bienes del interesado o dueño de bienes, esto significa que no puede hipotecar, pignorar, constituir servidumbres o usufructos y pretender hacerlo implica incurrir en vicios de capacidad y consentimiento que derivan de nulidad absoluta del negocio jurídico.

2.4 AUTORIZACION DE DOCUMENTOS NOTARIALES EN LOS QUE EL GESTOR DE NEGOCIOS PRETENDE EJERCER REPRESENTACION LEGAL DE MENORES DE EDAD, INCAPACES, ASOCIACIONES, PATRONATOS, COMITES Y FUNDACIONES.

Los criterios registrales han contemplado que no se registrarán testimonios de escrituras públicas, en donde el gestor de negocios represente a menores de edad e incapaces. A pesar de ello, en la práctica esta situación no limita que algunos notarios aconsejen anómalamente la comparecencia de un gestor de negocios, que represente a un menor de edad o a un incapaz, inclusive omitiendo su condición de tal.

Es lógico que si se trata de la adquisición de bienes o derechos a favor de menores e incapacitados, la gestión puede viabilizar y facilitar el negocio jurídico pretendido y probablemente por la finalidad misma, nunca se deduzca una acción de nulidad en contra de éste, pero de cualquier manera, esto constituye mala práctica notarial.

Y si constituye un error pretender representar a menores de edad e incapaces a través del gestor de negocios, más lo constituye hacerlo en favor de asociaciones, patronatos, comités y fundaciones, que son personas jurídicas colectivas que se regulan por las leyes que las han reconocido, estatutos de aprobación, escrituras constitutivas e inclusive decisiones de sus órganos de dirección y en consecuencia, los actos de sus representantes legales están supeditados a los mismos.

El gestor de negocios no puede representar a ninguna persona que tenga una forma específica de representación que la haga excluyente en relación al contrato a documentar. La gestión es un acto espontáneo y voluntario realizado en

provecho ajeno y como forma de representación este acto debe obedecer a la naturaleza misma de la gestión y de quien es representado.

2.5 AUTORIZACION DE DOCUMENTOS NOTARIALES EN LOS QUE EL GESTOR DE NEGOCIOS ACEPTA DONACIONES

Recordemos que el artículo 1857 del Código Civil regula: "El donatario puede aceptar en el momento de la donación o en acto separado. Si aceptare con posterioridad, para que el contrato quede perfecto debe notificarse la aceptación al donante en forma auténtica."

El gestor de negocios puede comparecer aceptando donaciones en favor de su representado, siempre y cuando se trate de donaciones puras y simples y a título gratuito. En orden de lo que hemos estado tratando y por su naturaleza, el gestor no puede aceptar donaciones remuneratorias ni onerosas, pues hacerlo no perfecciona la donación en sí.

En los casos de donación remuneratoria u onerosa en donde el donatario fuese representado a través de gestor de negocios y éste aceptare la donación, el negocio jurídico en sí no estaría afectado de nulidad pero el acto de aceptación no existiría, por lo que se requeriría aceptación del donatario en acto separado y notificado en forma auténtica al donante, para que la donación se perfeccione.

2.6 AUTORIZACION DE INSTRUMENTOS PUBLICOS EN LOS QUE EL GESTOR DE NEGOCIOS COMPARECE AMPLIANDO O RECTIFICANDO DATOS PERSONALES DE SU REPRESENTADO O DATOS RELACIONADOS CON EL OBJETO DEL CONTRATO

El artículo 77 numeral primero, literal "e" del Código de Notariado contempla esta situación en cuanto a subsanaciones posteriores a la autorización. Algunas de estas subsanaciones pueden hacerse, dependiendo de la omisión o error, a través de una escritura de ampliación o modificación POR MI Y ANTE MI y otras haciendo comparecer obligadamente a los otorgantes de la escritura que contiene vicio.

En el presente caso, los datos personales de los otorgantes y el objeto del contrato, por estar íntimamente ligados al fondo o validez del acto o negocio jurídico sólo pueden subsanarse por medio de una escritura de adición, aclaración, modificación o rescisión (Artículo 36 del Código de Notariado), otorgada por los titulares de la negociación, entendiéndose nunca por el gestor de negocios haya éste comparecido o no en la escritura que motiva la subsanación y que contiene error u omisión.

2.7 AUTORIZACION DE INSTRUMENTOS PUBLICOS INCUMPLIENDO CON LA OBLIGACION NOTARIAL DE HACER CONSTAR QUE LA REPRESENTACION EJERCIDA A TRAVES DEL GESTOR DE NEGOCIOS ES SUFICIENTE CONFORME A LA LEY Y A JUICIO DEL NOTARIO.

Estamos en este caso ante una omisión que puede derivar en nulidad formal.

Ya mencioné que el artículo 31 del Código de Notariado, refiere que es formalidad esencial del instrumento público

"3o. Razón de haber tenido a la vista los documentos que acreditan la representación legal suficiente de quien comparezca en nombre de otro". Si bien es cierto, dicha formalidad se refiere únicamente a la razón de haber tenido a la vista "documentos", creo que desde el momento en que dicho artículo agrega "... que acreditan la representación legal suficiente", ello supone que la valoración, documento - enjuiciamiento de suficiencia, constituyen unidad por lo que ésta última debe ser considerada de igual forma, una formalidad esencial de los instrumentos públicos.

Así pues, el notario que hace comparecer al gestor de negocios y califica su ejercicio como representante legal, aunque no tiene a la vista título acreditativo de dicha personería, debe hacer constar su juicio de suficiencia, pues de lo contrario podría generarse nulidad.

Es interesante observar que esta formalidad es, de las contempladas en el artículo 31 del Código de Notariado, la única subsanable a través de una escritura de ampliación FOR MI Y ANTE MI, en virtud de que se trata de una declaración propia del notario y que enmienda una omisión de forma según lo estipula el artículo 77 inciso e) del Código de Notariado.

Tenemos entonces en el presente caso, un instrumento público susceptible de ser declarado nulo pero subsanable, lo que a mi criterio causa confusión. Antes de que se pueda viabilizar una acción de nulidad por omisión esencial del instrumento público debiese de promoverse la acción encaminada a que el notario cumpla con subsanar omisiones en el uso de las facultades del artículo 77 del Código de Notariado. Debería dentro de la acción de nulidad entonces, emplazarse al notario previa calificación del juez, a que subsane dichas omisiones.

2.8 AUTORIZACION DE DOCUMENTOS PUBLICOS INCUMPLIENDO CON LA OBLIGACION NOTARIAL DE HACER CONSTAR QUE LA REPRESENTACION EJERCIDA A TRAVES DEL GESTOR DE NEGOCIOS ES SUFICIENTE CONFORME A LA LEY Y A JUICIO DEL NOTARIO.

Al hablar de instrumentos públicos, de acuerdo con la doctrina, se incluyen en ellos, tanto a los principales como a los secundarios, más del análisis de las formalidades contenidas en los artículos 29, 31, y 32 del Código de Notariado, se infiere que no todas pueden ser aplicadas a todos los documentos que autoriza un notario; por ejemplo, la relación fiel del acto o contrato, la transcripción de actuaciones ordenadas por la ley que únicamente se aplican a la escritura matriz no así regularmente a las actas de protocolación, razones de legalización de firmas, actas notariales ni actas de legalización. Por ejemplo la razón de tener a la vista documentos acreditativos de representación; su calificación de suficiencia es una formalidad innecesaria en actas de legalización de firmas por ejemplo, porque éstas no prejuzgan ni del contenido, ni personería de los suscriptores, por lo que debe entenderse que las formalidades que regulan los artículos citados pertenecen a la escritura matriz. Claro está que se sostiene doctrinariamente que tales documentos públicos también son instrumentos públicos; pero en un sentido amplio, sin embargo, nuestro Código no lo dispone así, sino que homologa la escritura matriz a instrumento público.

Entonces, siguiendo un sentido amplio de las normas, las formalidades normadas en los artículos 29 y 31 del Código de Notariado, por analogía deberían algunas de ellas aplicarse a las actas de protocolación, razones de legalización de firmas, actas notariales, sin perjuicio de observar las formalidades propias o especiales de esos documentos, como el caso del faccionamiento de un acta notarial de matrimonio, cuando uno de los contrayentes ha otorgado mandato especial a otro

persona para su representación a dicho acto (Artículo 93 y 692 del Código Civil.) Al redactarse el acta debe hacerse constar que uno de los requirentes es mandatario especial de uno de los contrayentes y que éste acredita su personería con testimonio debidamente registrado de la escritura de mandato habiéndose hacer constar que se tuvo a la vista y que la representación es suficiente conforme a la ley y a juicio del notario para la celebración del matrimonio. Pero si este requisito se omitiera en dicha acta cuál sería el efecto jurídico?

A mi criterio y siguiendo el sentido estricto de nuestras normas, si la omisión aquí expuesta estuviese contenida en un acta de protocolación, acta notarial, actas de legalización o razones de legalización, no sería susceptible de ser impugnados de nulidad.

La nulidad de las actas de protocolación, razones de legalización, actas notariales y actas de legalización se rige por las reglas generales de nulidad de los actos jurídicos, según lo establece el artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial, pero para que ésta subsista se requiere de "actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas expresas", situación que no se da en este caso, pues no existe disposición alguna que exija esta formalidad para los documentos notariales referidos.

CAPITULO V

LA RESPONSABILIDAD NOTARIAL

1. RESPONSABILIDAD NOTARIAL

Responsabilidad: "Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado." /21

Responsable: "La persona obligada a responder de sus actos o satisfacer alguna carga.... el individuo con relación a otro, cuando le reclama algo con derecho, en las relaciones civiles, mercantiles o de cualquier orden..." /22

En relación a la responsabilidad notarial, el licenciado Nery Roberto Muñoz citando al tratadista Marinelli Golóm, expresa: "Es conveniente que el Notario esté capacitado intelectual y moralmente, para lograr eficazmente su función, sin generar resultados dañosos, tanto para los particulares como para él mismo, de ahí donde descansa lo que se conoce como Responsabilidad Notarial, que no se circunscribe a una sola, sino a un conjunto de responsabilidades que darán por resultado, su buena observancia, a un instrumento público pleno y perfecto, evitando resultados negativos para la vida de éste." /23

El notario entonces incurre en responsabilidad cuando no cumple en su ejercicio profesional con lo establecido por la ley y ésta regula las sanciones aplicables a los notarios que ha incurrido en responsabilidad.

/21 Cabanellas, Guillermo "Diccionario de Derecho Usual" pág. 574

/22 Neri, Argentino "Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial", pág.210

/23 "Introducción al Estudio del Derecho Notarial, Pág. 131

El notario es responsable cuando ejecuta las leyes en sentido distinto al prescrito en las mismas o actúa ilegalmente omitiendo, rehusando o retardando algún hecho en forma intencional. La responsabilidad del notario aparece desde que éste no cumple con sus diversas funciones de acuerdo a la ley, así como cuando actúa con negligencia y causa un daño o perjuicio a su cliente, procediendo en dicho caso a responder por los daños y perjuicios ocasionados.

2. LA RESPONSABILIDAD NOTARIAL EN LA CALIFICACION DE LA REPRESENTACION LEGAL

El licenciado Nery Roberto Muñoz señala "... al autorizar una escritura pública, el notario debe dar fe de haber tenido a la vista los documentos fehacientes que acrediten la representación legal de los comparecientes en nombre de otro, describiéndolos e indicando lugar, fecha y funcionario o notario que los autorizó. Hará constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio para el acto o contrato.

La responsabilidad es total para el notario, ya que él como experto, como perito en la materia, debe calificar la documentación y aceptarla si es suficiente; si no fuere cuidadoso en este sentido incurre en responsabilidad.

Es formalidad esencial la razón de haber tenido a la vista los documentos que acreditan la representación, (Arto. 31 numeral 3o.), por lo tanto el notario debe ser exigente y responsable en su ejercicio profesional.

Recordemos que la actividad del Notario siempre es delicada, y en los casos que se actúa en representación, no deberá velar sólo sobre la licitud del acto o contrato a documentar, sino también como experto, sabe de derecho, es a él a quien corresponde hacer la calificación, la cual como se anotó debe ser suficiente de conformidad con la ley y a su juicio. Esa es una de sus responsabilidades.

Para concluir reafirmo que la Etica Profesional como tributo del Notario, y la imparcialidad en el asesoramiento, deben dar como resultado la autorizaci3n de un instrumento manamente perfecto, sin lesionar en ning3n caso intereses a las partes que comparezcan en nombre propio o representadas, estableciendo que la representaci3n se acredite adecuadamente y abstenerse de actuar en caso contrario."/24

. CLASES DE RESPONSABILIDAD

En el caso de daos y perjuicios, los particulares perjudicados deben acudir a la v1a civil, pero si el caso se tratare de falsedad del documento o del contenido del mismo o el notario cometiere un acto contrario a derecho, los interesados recurrir3n a la v1a penal. De igual forma el notario puede incurrir en responsabilidad disciplinaria e inclusive en responsabilidad administrativa y as1 cada caso tendr3 diferente regulaci3n legal.

1.1 RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO

El art1culo 35 del C3digo de Notariado estipula: "Para que proceda la responsabilidad civil de daos y perjuicios contra el notario por nulidad del instrumento, es necesario que haya sido citado y oido en juicio respectivo, en lo concerniente a la causa de nulidad."

El licenciado Nery Roberto Muoz citando a Enrique Jim3nez Arnau expresa "La Responsabilidad civil tiene por

24 "El Instrumento P3blico y el documento notarial" P3gs. 115-116

finalidad, reparar las consecuencias injustas de una conducta contraria a derecho (responsabilidad culposa en su más amplio sentido); o bien reparar un daño causado sin culpa, pero que la ley pone a cargo del autor material de este daño (responsabilidad objetiva o sin culpa)"/25

El mismo autor, citando a Marinelli Colón afirma: "La responsabilidad civil del notario, como la de cualquier persona es esencialmente de tipo reparador, una relación de causalidad: si se causa daño debe resarcirse."/26

Luis Carral y de Teresa expresa que tres son los elementos que se requieren para que exista responsabilidad civil: "1. que haya violación de un deber legal por acción u omisión del notario; 2. que haya culpa o negligencia de parte de éste; 3. que cause un perjuicio."/27

La responsabilidad civil del notario surge entonces cuando éste incumple con los deberes que la ley le impone y cuando con ese incumplimiento ocasiona daño o perjuicio a alguien originando como consecuencia la necesidad de repararlos, porque toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o por imprudencia, está obligado a repararlo; pero también porque el profesional es responsable de los daños o perjuicios que causa por ignorancia o negligencia inexcusables, o por divulgación de los secretos que conoce con motivo de su

/25 "Introducción al Estudio del Derecho Notarial" Págs. 133-134

/26 *Ibidem*: Págs. 133-134

/27 "Derecho Notarial y Derecho Registral" Pág. 132

profesión, misma que debe cumplir con diligencia y dedicación y con arreglo a las prescripciones de la ciencia o arte de que se trate, siendo responsable por los daños y perjuicios que cause. Artículos 1645, 1646, 1668 y 2033 del Código Civil.

3.2 RESPONSABILIDAD PENAL DEL NOTARIO

El licenciado Nery Roberto Muñoz escribe: "la responsabilidad penal del notario se dá cuando éste, en el ejercicio de sus funciones, comete un delito; ya que si llegare a cometer delito como una persona común y corriente aunque cae en el campo penal, no se enmarcaría dentro de la responsabilidad notarial. Por tal circunstancia existen delitos propios en los cuales pueda incurrir el notario como profesional."/28

Es la responsabilidad del notario al autorizar los instrumentos públicos, por incurrir en falsedad y otros delitos conexos, haciendo constar situaciones de derecho y de hecho que en la realidad no existen o aprovechándose de su función en beneficio propio o ajeno, siendo asimismo derivada, en algunos casos de la responsabilidad civil; o bien esta responsabilidad (la penal), genera responsabilidad civil.

El Código Penal vigente, Decreto 17-73, establece varios delitos que el notario puede cometer, que se derivan generalmente del incumplimiento de sus deberes, básicamente son Falsedad de instrumentos públicos (artículos 321 y 322), revelación de secretos (422), revelación de secreto profesional (223), publicidad indebida (222), casos especiales de estafa (264), supresión, ocultación o destrucción de documentos (327), violación de sellos (434), responsabilidad del funcionario al autorizar matrimonio (437), inobservancia de formalidades al autorizar matrimonio (438).

/28 "Introducción al Estudio del Derecho Notarial", Pág. 135

CONCLUSIONES

. La calificación notarial implica para el notario, el deber personalísimo e ineludible de evitar la creación de documentos susceptibles de ser impugnados de nulidad, que sean eficaces, que cumplan con los fines y resultados previstos en favor de tutelar los intereses de quienes lo requieren.

. Uno de los presupuestos determinantes en la eficacia de un documento notarial, es la correcta calificación que se hace de diversas formas de representación legal.

. El notario es un contralor de legalidad. Al calificar una representación legal, el notario persigue estimar capacidad jurídica y supervisar titularidad de derechos. Recordemos que nadie puede arrogarse calidades que no le corresponden ni ejercitar derechos que no tiene.

. Calificar una representación legal no es únicamente tener a la vista un documento o un título que la acredite. Es tener pleno conocimiento de normas jurídicas que nos recomienden idoneidad, suficiencia y viabilidad para el ejercicio de determinada representación.

. La gestión de negocios es un cuasicontrato, un acto espontáneo y voluntario realizado en provecho ajeno. Este encargo voluntario de administrar los negocios de otro o de velar por sus intereses, genera una forma de representación especial, que no requiere delegación ni se encuentra documentada.

6. Es importante que el notario en ejercicio de su función, tenga conocimiento de cuál es el ámbito de operación del gestor de negocios, sus facultades, limitaciones y su naturaleza misma.

7. Calificar la gestión de negocios como forma de representación, implica estimar capacidad legal de gestor y representado, utilidad en provecho del interesado, voluntad manifiesta o presunta del dueño del negocio y que la gestión opere en el ámbito de las operaciones de giro habitual de quien se representa.

8. En cuanto a esta figura jurídica, la actuación notarial ha evidenciado un uso inadecuado de la misma, haciendo que el notario como receptor y formador de voluntades, incurra en la creación de documentos susceptibles de ser impugnados de nulidad.

9. Esta deficiente actuación notarial de calificación, conlleva responsabilidad para el notario, lo cual implica en primer orden, que deberá responder por daños y perjuicios ocasionados a sus clientes, sin perjuicio de otras responsabilidades.

RECOMENDACIONES

1. Debe procurarse una reforma al artículo 31 numeral 3o. del Decreto 314 del Congreso de la República (Código de Notariado) estipulando que es formalidad esencial de los instrumentos públicos: "Razón de haber tenido a la vista los documentos que acreditan la representación legal suficiente de quien comparezca en nombre de otro, describiéndolos e indicando lugar, fecha y funcionario o notario que los autoriza. Hará constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio parfa el acto o contrato."

2. Que los notarios procuren permanente estudio de presupuestos y normas de carácter imperativo, generales y específicas, que garanticen efectivamente el desarrollo de las funciones notariales y especialmente la calificadora, modeladora y asesora.

3. Que el notario tenga amplio conocimiento de la forma en que debe calificar una representación legal, clases y modos de acreditarla.

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS

SPIN CANOVAS, DIEGO

Manual de Derecho Civil Español
Notarial Revista de Derecho Privado
1. Edición Volumen III
Madrid, España, 1975

VERLING, ROGER

Confianza pública
Expedientes del Ministerio de Justicia y
el Consejo General del Notariado
España, 1994

ARRIDO CERDA, EMILIO

Funciones Públicas y Sociales del Notariado
XI Congreso Internacional del Notariado Latino-Berlin-
Gráficas Minaya, S.A.
España, 1995

IMENEZ-ARNAU, ENRIQUE

Derecho Notarial
Funciones Universidad de Navarra
España, 1976

URIOZ, NERY ROBERTO

Introducción al Estudio del Derecho Notarial
Funciones Mayté
Guatemala, 1990

URIOZ, NERY ROBERTO

El Instrumento Público y el Documento Notarial
Funciones Mayté
Guatemala, 1991

NERI, ARGENTINO I.

Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial
Ediciones Depalma
2a. Edición
Buenos Aires, Argentina, 1980

LARRAUD, RUFINO

Curso de Derecho Notarial
Editorial Depalma
Buenos Aires, Argentina, 1966

DICCIONARIOS

CABANELLAS, GUILLERMO

Diccionario Enciclopédico de
Derecho Usual
Editorial Heliasta S.R.L.
12a. Edición
Buenos Aires, Argentina, 1977

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA
REAL ACADEMIA ESPAÑOLA
Editorial Espasa-Calpe, S.A.
Madrid, España, 1970

TESIS

COHOEON LEPE, BYRON ALEJANDRO

La inmunidad Notarial Sui Generis
Tesis USAC, Guatemala, 1971

JIATZ CHALI, JOSE ISRAEL

Efectos jurídicos de la derogatoria
parcial del Decreto 512 del Congreso de
República
Tesis USAC, Guatemala, 1977

LUCAS SOLIS, VICTOR GUILLERMO

La actuación del notario en la autorización del instrumento público de compra venta por abonos con pacto de reserva de dominio en bienes muebles e inmuebles. Tesis USAC, Guatemala, 1990

MAZIN CACERES, HECTOR MANUEL

La función calificadora del Registrador de la Propiedad de Guatemala. Tesis USAC, Guatemala, 1989

SOLIS GALVAN, AMILCAR OVIEDO

La función del Derecho Notarial Tesis USAC, Guatemala, 1978

VALDEZ GUTIERREZ, ANNABELLA

La responsabilidad notarial y la ley contra la narcoactividad Tesis USAC, Guatemala, 1993

OTRAS PUBLICACIONES

EL NOTARIO. ORGANIZACION NOTARIAL LATINA

Publicación No. 9 del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial Guatemala, septiembre-octubre, 1972

PUBLICACIONES Nos. 23 Y 24

Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial Guatemala, octubre-diciembre 1988 Enero-marzo, 1989

JURISPRUDENCIA REGISTRAL Y CRITERIOS
DE CALIFICACION
Publicación del Registro General de
la Propiedad
Guatemala, 1997

LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA. 1985

CODIGO DE NOTARIADO. DECRETO 314 DEL CONGRESO DE LA
REPUBLICA. 1946

CODIGO CIVIL. DECRETO LEY 106. 1963

CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL. DECRETO LEY 106. 1963

LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL. DECRETO 2-89 DEL CONGRESO DE LA
REPUBLICA Y REFORMAS (DECRETOS 64-90, 75,90 y 11-93)

CODIGO MUNICIPAL. DECRETO 58-88 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA

LEY DEL MINISTERIO PUBLICO. DECRETO 512 DEL CONGRESO DE LA
REPUBLICA

LEY DE BANCOS. DECRETO 315

CODIGO DE COMERCIO. DECRETO 2-70 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA