

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

SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES PARA LA  
REDACCION DEL CONTRATO



ABOGADA Y NOTARIA

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 Córdón
SECRETARIO	Lic. Héctor Anibal de León Velasco

TRIBUNAL QUE PRACTICO  
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL

PRIMERA FASE:

PRESIDENTE:	Lic. Cesar Augusto Morales Morales
VOCAL:	Licda. Ileana Noemi Villatoro Fernández
SECRETARIO:	Lic. Dimas Gustavo Bonilla

SEGUNDA FASE:

PRESIDENTE:	Lic. Julio Cesar Zenteno Barrillas
VOCAL:	Lic. Juan Alberto de la Cruz Santos
SECRETARIO:	Lic. David Sentés Luna

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).

| }

~~\_\_\_\_\_~~

\_\_\_\_\_



10/10/10

11

12

13

14

15

16

17

18

David Sentes Luna  
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala,

23 de Febrero de 1999.

Licenciado

José Francisco de Mata Vela

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas

Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
SECRETARIA

23 FEB. 1999

RECIBIDO

Horas: 13 Minutos: 30

Oficial:

En atención a la Providencia de ese decanato de fecha 03 de este mes y año en curso, procedí a asesorar el trabajo de Tesis denominado "REDACCION DEL CONTRATO", cuyo tema me permití red denominar "SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES DOCTRINARIAS PARA EL FACIONAMIENTO DE CONTRATOS" elaborado por la estudiante ODEET BENONY OROZCO SANCHEZ. Dicho trabajo de Tesis reúne los requerimientos y calidades elementales que exige el reglamento correspondiente, por lo que resulta procedente emitir dictamen favorable al desarrollo del mismo.

Atentamente,

DAVID SENTES LUNA  
ABOGADO Y NOTARIO



10/10/10

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



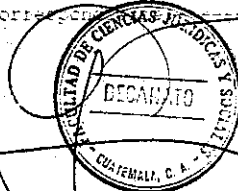
FACULTAD DE CIENCIAS  
MÉDICAS Y SOCIALES  
Calle Universitaria, Zona 12  
Guatemala, Centroamérica



SECRETARÍA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y  
SOCIALES: Guatemala, veintiseis de febrero de mil  
novecientos noventa y nueve.-----

Atentamente, pase al LIC. CRISTA RUIZ DE JUAREZ para  
que proceda a Revisar el trabajo de Tesis de la  
bachiller: ODDET BENONY GROSZO SANCHEZ y en su  
oportunidad emita el dictamen correspondiente.

Alrg.







744/99



1347-99

16 de marzo de 1999

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES SECRETARIA

- 6 ABR. 1999

RECIBIDO Horas: 18 Minutos: 35 Oficial: [Signature]

Licenciado José Francisco de Mata Vela Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Licenciado de Mata Vela:

Por medio de Providencia del Decanato de la Facultad del 26 de febrero del año en curso, fui designada para revisar el trabajo de tesis de la Bachiller ODDET BENONY OROZCO SANCHEZ y emitiera el dictamen correspondiente.

He procedido a la revisión del informe final de la Bachiller Orozco Sánchez, acerca del tema "Redacción del Contrato; nominado por el Asesor de Tesis, Licenciado David Sentes Luna, "Sugerencias y recomendaciones doctrinarias para el faccionamiento de contratos".

En mi calidad de Revisora de Tesis, afirmo lo siguiente:

- a. La investigación es un trabajo importante para el estudio y análisis de la actividad profesional del Notario, cuando autoriza los instrumentos públicos; un estudio de esta clase hacia falta en nuestra Facultad, toda vez que se enfoca hacia la forma o, mejor dicho, a cómo es que debe ser redactado;
b. La sustentante desarrolló el tema de conformidad con el plan contenido en el índice y empleó la bibliografía adecuada, la doctrina y la legislación nacional relacionada con la redacción del contrato y analizó, enfáticamente, las obligaciones del Notario cuando escucha y aprecia las intenciones de los contratantes y éstas queden enmarcadas dentro de la ley, aportando interesantes conclusiones y recomendaciones; y,
c. El título que estimo debe tener la tesis, de acuerdo al índice de temas, para mayor claridad, es "Sugerencias y recomendaciones para la redacción del contrato", pues esta es la intención de la sustentante.

Como consecuencia de lo indicado, emito dictamen favorable de aprobación, dado que el informe presentado constituye un aporte valioso y llena los requisitos y calidades metodológicos y técnicos indicados en la reglamentación de la Facultad para este tipo de investigaciones.

Me suscribo del señor Decano, atentamente,

[Signature] Licda. Crisla Ruiz Castillo de Juárez Revisora de Tesis Crisla Ruiz Castillo de Juárez Abogada y Notario Colegiado 2628





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y  
SOCIALES: Guatemala, nueve de abril de mil novecientos noventa y  
nueve. \_\_\_\_\_

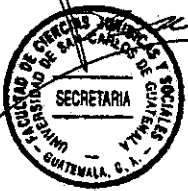
Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del  
trabajo de tesis de la bachiller ODDET BENONY OROZCO SANCHEZ  
intitulado "SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES PARA LA  
REDACCION DEL CONTRATO". Artículo 22 del Reglamento de  
Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis. \_\_\_\_\_

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*



ALHI.





1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

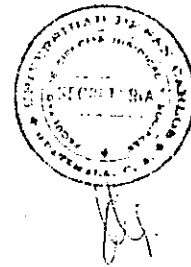
21

22

23

24

25



## ACTO QUE DEDICO

**A DIOS:**

Porque de él emana la vida y la sabiduría que con sus bendiciones logre alcanzar uno de mis mayores anhelos.

**A MIS PADRES:**

Enrique Santiago Orozco Godínez y Esperanza Sánchez de Orozco por ser mi guía, por sus sabios consejos, por su apoyo material y espiritual.

**A MIS HERMANOS:**

Roberto Enrique y Lisbeth Noemi por su amor y respaldo.

**A MI CUÑADA:**

Days de Orozco por su apoyo fraternal.

**A MIS SOBRINOS:**

Martha Ivonne y Roberto Enrique que sigan este ejemplo de quien les amará siempre.

**A MI ABUELO:**

Diego Sánchez Miranda

**A MIS TIOS:**

En especial a Antulio Sánchez por su apoyo espiritual.

**A MIS AMIGOS:**

Por brindarme su amistad y haber compartido gratos momentos.

la Universidad de San Carlos de Guatemala:

Casa mater que me brindo la oportunidad de llegar a ser una profesional.



## INDICE

INTRODUCCION.....	1
-------------------	---

### CAPITULO UNO

#### Negocio Jurídico y Contrato

A. Negocio Jurídico.....	8
a. Elemento perosonal.....	9
b. Elemento material.....	10
B. Contrato.....	14
a. Elemento perosonal.....	15
b. Elemento material.....	18

### CAPITULO DOS

#### Formación previa del Contrato

A. Antecedentes del contrato: propuesta y aceptación.....	19
B. Intervención del notario en la formalización del contrato	21
a. Los hechos del contrato.....	23
b. El derecho en el contrato.....	25

### CAPITULO TRES

#### Formalización del Contrato

A. Encabezamiento del contrato.....	34
a. Número de orden cronológico.....	36
b. Lugar, fecha y hora.....	37
c. Identificación de lo otorgantes.....	41
d. Titularidad de los otorgantes.....	44
e. Legitimación de los otorgantes.....	45
f. Intervención de terceros en el contrato.....	47

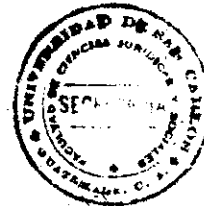
B.	Presupuestos del contrato.....	51
	a. Especie del contrato.....	52
	b. Circunstancias del contrato.....	54
	c. Manifestación del consentimiento.....	55
C.	Continuidad del contrato.....	58
	a. Consentimiento de los otorgantes.....	59
	b. Objeto del contrato.....	60
	c. Bases, acuerdos y cláusulas contractuales.....	61
	d. Derechos y obligaciones de los otorgantes.....	61
	e. Legitimación de los otorgantes.....	61
	f. Cierre del contrato.....	61
D.	Proyecto del contrato o minuta.....	61

#### CAPITULO CUARTO

##### Honorarios y gastos ocasionados por el contrato

A.	Honorarios profesionales.....	7
B.	Honorarios registrales.....	7
C.	Establecimiento de la cobertura de honorarios.....	7
D.	Testimonio del contrato.....	7
	CONCLUSIONES.....	7
	RECOMENDACIONES.....	7
	BIBLIOGRAFIA.....	8






## INTRODUCCIÓN

Al desarrollar elementalmente el tema de cómo redactar un contrato, con algunas notas críticas y legislativas, deseo manifestar el aprecio a lo bueno de las instituciones notariales guatemaltecas y fomentar el conocimiento que una buena y práctica redacción de los acuerdos o convenciones de los interesados puede ser un instrumento documental válido, eficaz y certero que evite diversas interpretaciones, incumplimiento o vanos procedimientos judiciales.

Mucho se ha escrito acerca de la función del Notario al autorizar instrumentos públicos, pero poco sobre cómo es que deben redactarse los contratos que formalizan actos y negocios jurídicos. Acontece este fenómeno porque se parte del supuesto que cada quien ha recibido un curso o tiene los conocimientos necesarios del idioma español, su gramática, ortografía y sintaxis y cada quien, también, cree cuál es la mejor y más práctica forma en que debe redactar un documento, público o privado, sea cual sea su forma o naturaleza.

Si el verbo redactar significa "poner por escrito cosas sucedidas, acordadas o pensadas con anterioridad", en el fondo tiene la fuerza etimológica del verbo latino *redigere* (hacer volver), por la composición de *red* (repetición) y *agere* (mover hacia adelante, hacer). La redacción es un acto correspondiente a hechos reales, circunstancias concretas o prácticas;



sin embargo, debe distinguirse de componer porque este verbo es crear o combinar al gusto, libremente. Por ello, se dice componer poemas, cuentos, relatos, ensayos, etcétera y redactar, cuando se da forma escrita a un tema dado, esto es, se redactan cartas, notas, informes, contratos o escritos similares, etcétera.

No precisa ser persona de letras para escribir o componer bien o adecuadamente un pensamiento o una idea; la palabra escrita existe porque es necesario representar el pensamiento y dejar su huella hacia en el presente o el futuro. La palabra, por ese sentido, es el instrumento para expresarse y comunicarse; el vehículo del lenguaje manifestado por la voz o la escritura. En la manifestación del lenguaje escrito, sin embargo, no hay manera de escapar de ciertas exigencias que no tiene el lenguaje oral pues, han de estimarse y aplicarse abundantes formalismos lingüísticos proveídos por la gramática, la ortografía, sintaxis y redacción.

Para redactar se emplea el lenguaje, "un sistema de símbolos vocales arbitrarios, con cuya ayuda actúan entre sí los miembros de un grupo social"<sup>1</sup>. El conjunto de esos símbolos y sus relaciones es lo que se denomina **lengua** la que, accionada, es el **habla** y si es utilizada en una región o nación, **idioma**.

El lenguaje tiene por objetivo comunicar, hacer saber a otros, lo que cada quien tiene o quiere y, también, descubrir, manifestar o hacer saber alguna cosa. La comunicación presupone tres elementos: el emisor o productor, el receptor y una cosa que es comunicada, lo que provoca una

<sup>1</sup> Bram. cita de Hilda Basulto. Curso de redacción dinámica, 14ª reimpresión, Editorial Trillas, México, 1988, página 17.



interrelación en la que el **emisor** (hablante o escribiente) elabora el mensaje, lo cifra por el lenguaje y lo expresa por medio de la voz o la escritura y el **receptor** que capta el mensaje por el oído o la vista, descifra el mensaje y responde de alguna manera al mensaje recibido.

La redacción, como forma de comunicación, debe ajustar la comprensibilidad para quien lee un documento y no esperar le sea explicado para comprenderlo; en este acto se halla, "la clave de la buena redacción y el mérito del buen redactor"<sup>2</sup> que circunscribe la responsabilidad del proceso comunicativo y evita diferencias o contraproducentes interpretaciones.

Hilda Basulto señala cuáles son las principales cualidades contributivas para una eficaz redacción:

a. **Concreción.** Concretar es "abreviar a lo más esencial el asunto del que se escribe"; las palabras innecesarias o rebuscadas, deben desecharse, hay que buscar la economía y funcionalidad en todos los órdenes; la redacción no puede escapar de esas exigencias;

b. **Claridad.** Nada de lo expresado debe motivar duda o equivocación; las palabras deben usarse con propiedad para que los lectores puedan entender la comunicación en un mismo idioma;

c. **Sencillez.** Implica evitar expresiones ceremoniosas e improcedentes en lo práctico y real;

4. **Adecuación.** Clave para que todo acto de relación entre seres humanos no se dirijan de igual manera, pues la comunicación tiene sus variantes;

<sup>2</sup> Hilda Basulto, obra citada, página 19.



5. **Ordenación funcional.** Elegir cada palabra o cosa por decir convenientemente para que el lector comprenda su significado y admita que lo escrito es apropiado para él; ha de evitarse el automatismo, rutina y costumbre, puesto que cada parte de lo escrito tiene su misión y el orden debe responder al cumplimiento de esa misión;

6. **Originalidad.** Escribir pensando en los términos por emplear, en su distribución y funcionalidad, apartando el automatismo, rutina y costumbre; cada escrito tiene y lleva en sí originalidad, independencia; si existen formalismos establecidos como previos, con frecuencia hay espacios que permiten introducir una forma personal que le da identidad y unicidad a lo escrito;

7. **Interés.** Lo escrito ha de producir en el destinatario o receptor la atención deseada y atraerlo para que conozca su contenido; y,

8. **Actualidad.** Mantenerse al día al enfocar los temas, datos utilizados, construcción de párrafos, vocabulario, puntuación, etcétera, que revelen agilidad y vigencia actualizada.<sup>3</sup>

Para hacer realidad esas peculiaridades de la expresión comunicativa, no basta una disciplina rígida sino un deseo de superación; la acción de redactar técnicamente implica un estado cultural avanzado y no un arte mecanizado, cuyo dominio solo requiere práctica; la eficacia y el resultado deben buscar la perfección, la certeza y la seguridad que dichos principios informan sin que por ello se pierda de vista la estructura de lo que se escribe.

<sup>3</sup> Obra citada, páginas 22 a 25.



La estructura de lo escrito estriba en presentarlo de manera dispuesta, ordenada y construido adecuadamente lo que se evidencia por medio de dos tipos de procesos:

1. El estructural interno expresado por medio de:

1.1. El objetivo. Es lo que se redacta, lo que constituye el pensamiento del escritor y su intención de enviar un mensaje; es el resultado perseguido, el ¿para qué? Así, lo redactado puede ser información, comentario, análisis, pregunta, respuesta, ofrecimiento, acuerdo, convencimiento, compra, venta, enseñanza, defensa, contrataciones y cualesquiera otras formas de expresarse por escrito el ser humano.

1.2. El destinatario. Lo redactado tiene un destinatario, es decir, un ¿para quién? se ha hecho. En este caso, puede ser el mismo redactor u otra persona o conjunto de ellas.

1.3. El asunto. Es el tema ¿acerca de qué ha de escribirse? Si han quedado establecidos las fuentes primarias del para qué y para quién se escribe, puede considerarse que lo que ha de escribirse sea el fondo de lo que pretende y desea comunicar; temas como personajes, cosas, lugares, tiempos, causas, contratos, etcétera que el escritor tiene que expresar a los elementos objetivo y destinatario.

1.4. La selección. Implica ¿cuál materia?; o sea, el campo que abarcará y el fin de que sea útil y aprovechable.

1.5. La jerarquía. Impone ¿de qué importancia? ha de ser el objeto o cosa seleccionado, de manera que sea materializable y no solo quede en el pensamiento del escritor; y,

2. El estructural externo en el cual se encuentran:





2.1. El ordenamiento. El despeje a la pregunta de ¿dónde? está el interés que el escrito contiene.

2.2. El lenguaje. Es el instrumento de comunicación; por ello, la cuestión es ¿con qué? se construirá; ¿palabras, signos, combinación de ellos u otros?

2.3. El tono. Es la modalidad para expresar la comunicación; es decir, seleccionar las palabras y signos adecuados que sean comprensibles fácilmente, de ahí que la pregunta al respecto es ¿en qué tono?, si por escrito u oralmente.

2.4. El estilo. Este deriva ¿de que manera? ha de expresarse.<sup>4</sup>

Al calificar la participación del Notario en la formalización de actos y negocios, porque la ley se la impone o se la requiere hacerlo, la especialidad es que aparezcan por escrito y redactados adecuadamente. Corresponde al Notario redactar y autorizar el contrato y constituir las relaciones de los otorgantes como una ley para éstos y hacerlo aparecer a la vida jurídica libre de lagunas o vacíos o de particulares interpretaciones que varíen o disturben la intencionalidad originaria.

Un ejemplo de lo manifestado puede ser el contrato de compraventa en la ley civil positiva vigente en Guatemala. El contrato tiene más prevenciones de las que el celo de los contratantes puedan requerir o desear se incluyan. Si de compraventa se trata la fórmula sería "vendo un carro"; "compro un carro". Los otros eventos quedan fuera de las intenciones de quienes contratan e incluso la existencia de un vicio oculto por el

<sup>4</sup>Hilda Basulto, obra citada, páginas 29 a 32.



comprador respecto al precio. Es válido únicamente lo expresamente pactado  
-ley para las partes- y sus consecuencias conforme a la buena fe, el uso y  
la ley. Todo ello puede estipularse al redactar el contrato pero, de no  
emplear técnicas de redacción claras y concisas, los imperativos legales  
existen cual fórmulas para solventar o solucionar acciones en conflicto.

El fenómeno mencionado puede evitarse por medio de una adecuada  
redacción y éste es el tema de la presente investigación. No trata de  
orientar acerca qué es un contrato o cómo elaborar modelos de contratos sino  
informar cuáles pueden ser las "claves" para redactarlo, un plano que parte  
del acto o negocio jurídico hacia la formalización notarial empleando un  
lenguaje jurídico, significativo y comprensible para los otorgantes que no  
de motivos a interpretaciones diferentes o diversas conclusiones provocado-  
ras de incumplimiento o litigios vanos.







CAPITULO UNO  
Negocio jurídico y contrato

**A. Negocio jurídico**

El negocio jurídico,<sup>5</sup> interesa porque su existencia y validez se vinculan en la forma externa del instrumento y su declaración; además, porque los requisitos exteriores del instrumento público que lo contiene son distintos de la relación jurídica producida. La forma en que pueda presentarse es el modo como es el negocio, es decir, la manera en que es aparece frente a otros en la relación, su figura externa.

En sentido general, acto jurídico y negocio jurídico son similares para el ordenamiento jurídico guatemalteco; por su medio una o más personas realiza actos voluntarios con el objetivo de producir un efecto de naturaleza jurídica que crea, modifica, extingue o transmite un derecho, siendo existentes y válidos siempre y cuando cumplan los requisitos legales en conjunción con las solemnidades señaladas por la ley; esto es, la voluntad no ha de estar o ser afectada o viciada, ha de existir un objeto lícito sobre la que recaiga y con ocasión de una causa también lícita. Por eso, el acto jurídico y negocio jurídico constituyen el suceso último del

<sup>5</sup> Libro V. Primera parte. Título I del Código Civil.

proceso de realización querida o, al menos previsible, generadora de derechos u obligaciones, regulado legalmente por el Estado que le sirve de fundamento.

José Castán, define al negocio jurídico como

*"el acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigida a la producción de un determinado efecto jurídico y a la que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento, establece."*<sup>6</sup>

La definición contiene los elementos señalados en el Código Civil guatemalteco y si no lo define, dice que su vida jurídica, validez como expresa, requiere de "capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito." (artículo 1251).

Del sistema legal surgen los elementos del negocio jurídico: el personal y el material que le dan, a su vez, un doble sentido: negocio y exteriorización formal y su modo unilateral o multilateral.

#### a. Elemento personal

El negocio jurídico nace por decisión unilateral o bilateral de personas al querer darle forma a lo que resuelven o convienen crear, modificar o extinguir.

Son negocios jurídicos unilaterales los que se constituyen por voluntad manifestada por una persona, sin intervención de otra; son propios

<sup>6</sup> Derecho civil español, común y foral, 7ª Edición. Tomo I. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1949. página 657.



ella, carecen de accesoriadad y no precisan, para que sus consecuencias surjan, de otra voluntad, tal como sucede con el testamento.

Son negocios jurídicos bilaterales, en cambio, los que surgen por concurrencia de dos o más voluntades personales concursadas para que se produzca el resultado deseado, tal el caso de uno de los modos de extinguir las obligaciones por el pago, donde la voluntad de una de las personas es entregar lo adeudado pero, para que quede conformado debe mediar la voluntad de otra persona acreedora que reciba el pago.

Por la bilateralidad del negocio jurídico emana el concepto de la convención la que, etimológicamente, deriva del latín *venire cum*, venir juntos. Expresa su origen la existencia de dos o más voluntades que se ligan para formar una relación derecho-obligación de cualquier clase que sea. Por esa razón, la convención en el derecho romano significaba tanto consentimiento como acuerdo y se diferenciaba del contrato por las rigurosas exigencias legales para constituirlo. El hecho se comprende en el artículo 1571 del Código civil guatemalteco cuando dice que "hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir obligaciones.", pues comunica a las voluntades intervinientes.

#### **Elemento material**

El negocio jurídico se valora por la forma exterior que asume o que la ley le asigna; esto es, importan los requisitos que estructuran jurídicamente el instrumento público que lo contienen, tales como los señalados en el artículo 1251 del Código civil: capacidad legal, consentimiento sin vicio

y objeto lícito.<sup>7</sup>

Giménez-Arnau al analizar la situación del negocio jurídico y su relación íntima con el instrumento público, afirma que

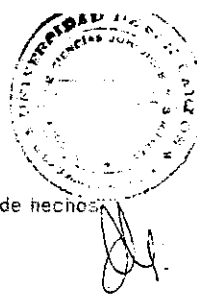
*"es el medio formal de producción: el último instante -en orden cronológico- de su gestación. Por eso la forma, en general, y en particular el instrumento, se pueden considerar como hechos que determinan el nacimiento de la relación jurídica. En tal sentido, sin anteponer la importancia de la forma a la trascendental influencia de la voluntad, se puede decir que el instrumento crea el negocio."<sup>8</sup>*

De esa cuenta, los hechos pretendidos por las personas formalizar, repercuten sobre la existencia, la persistencia o prueba y la valoración del negocio jurídico, aquello que quieren producir o que sea el resultado de sus deseos; cada uno de esos momentos previos a la técnica formalización, tienen vida propia o la ley exige que la tengan de determinado modo.

En un sentido más amplio, puede decirse que la exteriorización de los hechos por las personas interesadas forma el negocio jurídico, cual si se tratara de una figura, contorno o perfil posible de hacerse realidad y percibirse en el mundo jurídico. La forma no tiene origen autónomo, se confunde con lo que se quiere o desea expresar de modo jurídico. Esto es lo que caracteriza y distingue al negocio jurídico del contrato.

<sup>7</sup> El tipo de negocio jurídico no interesa en este estudio porque corresponde a una teoría del instrumento público, mas se advierte que su aspecto es tratado genéricamente, no como un determinado modo de contratación. Estos elementos se tratan en el Capítulo tres.

<sup>8</sup> Introducción al derecho notarial, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, página 226.




Rafael Núñez Lagos manifiesta que las formas, como expresión de hechos jurídicos, son:

A) *Formas obligatorias y formas libres. Hay hechos que se pueden expresar y recoger en múltiples formas, y el ordenamiento jurídico permite la libertad de formas con tal que la forma elegida esté reconocida y admitida en el tráfico (formas libres). Por el contrario, las formas obligatorias son de ineludible cumplimiento para que el hecho tenga existencia jurídica.*

B) *Formas de ser y formas de valer. Entre las formas libres y las obligatorias hay un tercer grupo: formas de valer. El hecho, para existir -y tener, por tanto, un mínimo de eficacia, puesto que el Derecho no admite el hecho jurídico como ser indiferente- pertenece al ámbito de las formas libres; pero, para valer, para alcanzar ciertos grados de eficacia, necesita acogerse a formas obligatorias de valer.*

C) *Formas litúrgicas o ceremoniales y formas funcionaristas o de autoridad. [...] Las formas litúrgicas consisten en palabras exactas y sacramentales, solas o interpoladas en actos rituales; frases, preguntas y respuestas, y a veces, una escena organizada. Es la forma dispuesta como espectáculo. [...] En el Derecho moderno pocas formas quedan organizadas como espectáculo: la coronación de los Reyes, las juras de la Constitución por los jefes de Estado y Ministros, la presentación de cartas credenciales, etc., en el Derecho público. [...] La forma*





litúrgica en el Derecho privado ha perdido el espectáculo ceremonial, pero no la liturgia de unas frases o palabras fijas, o en forma determinada. Así, por ejemplo, el endoso, el acepto, la letra de cambio, ciertas pólizas de contrato, el testamento ológrafo, etc.

La forma solemne ha cuajado en nuestros días en forma de autoridad o intervenidas en cuanto al fondo por autoridades o funcionarios públicos.<sup>9</sup>

Si, como se observa en la cita, existen formas de consolidar los hechos jurídicos de un negocio jurídico, la libre debe ser de poco uso y hasta eliminada totalmente; sin embargo, en Guatemala aún persiste y es empleada en la constitución de las relaciones entre personas, desestimando la forma obligatoria señalada por la ley para que quede efectiva y probada la formalización del negocio en un contrato determinado (típico o atípico, según el caso). La forma es un elemento esencial para la existencia del instrumento público, pues no solo probará su existencia sino que permitirá verificarlo y, aún cuando ambas son condiciones independientes, siempre habrá que cumplir con los estipulaciones legales establecidas y no incurrir en ilícitos que, al final de cuentas, harán inexistente o inválida la negociación querida o deseada.

La última circunstancia es de suma importancia en el elemento material del negocio jurídico por cuanto que los requisitos de forma no son precisamente lo mismo o el negocio jurídico propiamente dicho, sino son

<sup>9</sup> hechos y derechos en el documento público. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Imprenta viuda de Galo Sáez, Madrid, 1950. páginas 20 a 26.



ceptos diferentes en los que se halla la forma cuerida o deses  
malizar y la prueba de que el negocio fue formalizado por alguno de los  
dos que la ley exige, siendo así que funciona no sólo como prueba de su  
istencia sino de que pueda, en caso de ocurrir alguna circunstancia  
apropiada o ilegal, que pueda comprobarse y, en su caso, resolverse.

En el caso de que el instrumento o el protocolo donde exista  
sicamente el negocio se destruya, puede probarse su existencia como tal  
medios distintos a los que lo formalizaron, mas si desaparece aquél y  
te, así como todas las posibles copias, no habrá posibilidad de demostrar  
existencia y puede decirse que se trata de un negocio sin documento y,  
r lo mismo, difícil de probar. La distinción entre forma y prueba es  
ortante en el negocio jurídico, pues son dos situaciones que permiten  
cir que existió y persiste pues, si por su forma el negocio existe, con  
prueba persiste, proyectando así las intenciones de los intervinientes.

#### **Contrato**

El Código civil expresa que "hay contrato cuando dos" o más personas  
nvinen en crear, modificar o extinguir una obligación" y que "toda  
ligación resultante de un acto o declaración de voluntad consiste en dar,  
cer o no hacer alguna cosa (artículos 1517 y 1319, respectivamente).

En efecto y como se dijo, existen dos clases de negocios jurídicos:  
s unilaterales y los bilaterales y, por eso, existen también dos clases  
contratos. Si bien el Código Civil recalca que el contrato existe por el  
ncierto de voluntades, también es cierto que admite la manifestación



voluntaria singular.

a. Elemento personal

El elemento personal del contrato se conforma por quienes intervienen o asisten y sin cuyo requerimiento no nace el instrumento público; los concurrentes sin cuya colaboración pasiva reduce o elimina la validez del instrumento y, por último el Notario autorizante que conduce, orienta interpreta, adecua el derecho y da vida y formaliza el negocio jurídico.<sup>10</sup>

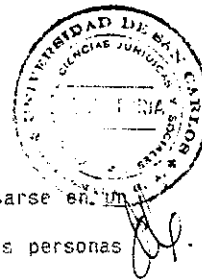
Es prudente aciarar que la ley civil guatemalteca, por el sentido dado a lo que es contrato, rompe la posibilidad, al menos por definición legal de que sólo existe contrato cuando asisten para su formalización dos o más personas; pero, los presupuestos de manifestación de voluntad no s constituyen única y exclusivamente por el concierto voluntario, sino por el deseo, el querer, de una persona individual de constituir las bases de u acto jurídico con trascendencia pasada o futura.

Para Carnelutti<sup>11</sup> no existe fenómeno jurídico en cuya raíz el análisis no encuentre dos intereses en conflicto y, en consecuencia, los sujetos d ese fenómeno son *necesariamente* dos, porque representan dos intereses en conflicto, con lo cual puede pensarse que en el instrumento público *siempre* deben haber contraposición de intereses, presentes o no en el acto instrumental. La versión no es totalmente cierta ni válida. En efecto, e análisis que un instrumento público pueda tener refleja una doble posibili-

<sup>10</sup> Carlos Emérito González. Teoría general del instrumento público. Ediar, S.A., Editores Buenos Aires. 1953. página 221.

<sup>11</sup> Francisco Carnelutti. Teoría general del derecho. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid. 1941. página 57.






dad: el interés que tiene una sola persona, sin que pueda pensarse en un conflicto de intereses actual y el de los intereses de dos o más personas que regulan el conflicto, de esa cuenta ha de considerarse la existencia del sujeto, la parte e incluso los terceros en la formalización de un instrumento público repercutiendo en el negocio o acto jurídicos.

La legislación guatemalteca no es clara al último postulado pero, infiere la diferencia entre sujeto y parte en el instrumento público. El sujeto **interviene** cual persona natural o jurídica capaces de derechos y obligaciones constituyendo derechos y obligaciones o bien estableciendo obligaciones, terminando o resolviendo relaciones de derecho. Así por ejemplos, en el testamento el sujeto es la persona natural que desea y quiere arreglar sus asuntos para el futuro constituyendo derechos y/u obligaciones para sus herederos y/o legatarios, incluso modificaciones o extinciones de derechos u obligaciones; o, el arrendamiento de un bien inmueble por el cual los sujetos arrendante y arrendatario constituyen derechos y obligaciones respecto a la cosa arrendada. En cambio, parte es la persona o personas natural o jurídica que **asiste** sosteniendo una misma relación de derecho, en oposición con otra u otras exigencia o derecho. De ese modo existe la posibilidad de que cada parte pueda estar integrada por una o más personas.

El Código de Notariado,<sup>12</sup> al referirse a quienes intervienen o asisten en el instrumento público, conjuga sujeto y parte y los denomina, otorgantes

<sup>12</sup> Véanse, por ejemplo, los artículos 29, 30, 31, 42, 44, 49, 61, etcétera.



pues, quien otorga dispone, establece, ofrece, estibura o promete una cosa y por ello, crea, modifica, transfiere, conserva o aniquila derechos u obligaciones, lo que no es más que manifestación de producir efectos jurídicos que dependen de la voluntad del otorgante. Se trata más de una solemnidad de la fe notarial que una forma precisa de distinguir sujeto y parte. Por eso, otorgante es quien participa en la celebración del contrato y, de conformidad con su libertad y autonomía, significa una prerrogativa de haberlo por sí mismo o en nombre o representación de otro.

Al hablar de los terceros, como concurrentes, puede decirse que no tienen relación de derecho alguna con lo que el instrumento público formaliza ya que son personas incorporadas para que asistan como coadyuvantes sin intervenir como otorgantes; son testigos presenciales o instrumentales que terminan con darle la formalidad requerida legalmente al instrumento.

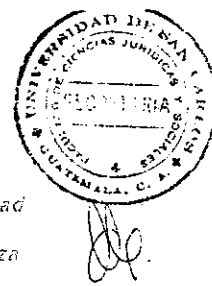
Por último, se encuentra el Notario. Este es, según J. Eduardo Girón, *"la persona especialmente autorizada para dar fe de los actos o contratos en que interviene por ministerio de la ley o a solicitud de partes."*<sup>14</sup>

O, como afirma José María Mengual y Mengual,

*"el funcionario público que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del Poder del Estado, y por lo mismo revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función autentica las*

<sup>13</sup> Diccionario de la Lengua Española, Tomo II, 21ª Edición, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1992, página 1494.

<sup>14</sup> El notario práctico o tratado de notaría, 4ª Edición, Tipografía Nacional, Guatemala, 1932, página 33.



relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo el estudio, explicación y aplicación del Derecho positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene.<sup>15</sup>

Ambas definiciones se concretan en la actividad conferida por la ley en el artículo 19 del Código de Notariado al Notario quien "tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que interviene por disposición de la ley o a requerimiento de parte." lo que será tratado en el Capítulo dos de este estudio.

#### **Elemento material**

Constituye el elemento material del contrato el conjunto de solemnidades que concurren en su formalización y que pueden ser esenciales y especiales, dando lugar la falta de una de ellas a que el instrumento público elaborado pueda ser declarado nulo o anulable y acarrear responsabilidad civil, e incluso penal, para el Notario autorizante.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Citado por Carlos Smérito González, obra citada, página 290.

<sup>16</sup> Las solemnidades legales son estudiadas en el Capítulo Tres de este estudio.



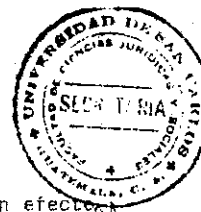
## CAPITULO DOS

### Formación previa del contrato

#### A. Antecedentes del contrato: propuesta y aceptación

El ser humano por su propia naturaleza, necesita de los otros seres humanos para subsistir; tiene que cambiar, vender o comprar cosas, prestar o requerir servicios o suministros, esta actividad que crea un vínculo obligatorio para hacer efectivas las prestaciones convenidas con libertad. Ciertamente, las relaciones no son arbitrarias sino fundadas en principios legales avisan la manera de hacerlas eficaces y válidas.

El contrato no nace por generación espontánea porque se desenvuelve desde la necesidad de uno de los interesados en dar, hacer o no hacer algo y, luego, cuando se produce el concierto con otro, también interesado quien recibe, se le hace o se le deja de hacer algo; con ello, aparece lo que se conoce por relación jurídica, transformada por la comunicación interpersonal de querer o desear formalizar el negocio jurídico. Por supuesto, la comunicación y transformación esta prevista, en su mayor parte, por las normas del sistema jurídico; existe un supuesto jurídico de que lo querido y deseado es posible y sus consecuencias e incompatibilidades se reúnen y rechazan, tal como el plazo señalado por los artículos 1279 y 1282 del Código Civil, por ejemplos.



El acuerdo que puede suceder tiene por finalidad producir un efecto jurídico circunscrito en el concepto de contrato dado mas, si la convención, como concurso de voluntades de dos o más personas se dirigen a crear el efecto perseguido, puede decirse que el contrato crea, modifica o extingue obligaciones, cualquier otra convención que no tenga ese objetivo no es contrato, aun cuando los interesados quieran o desean formalizarlo. De esa cuenta, convención y contrato resultan no ser la misma cosa; aquella es previa al contrato y este únicamente surge cuando se formaliza el acuerdo con las formalidades y requisitos legales.

El Código Civil guatemalteco, sin embargo, distingue convención y contrato. Expresa en el artículo 1517 que hay contrato porque hay una convención para crear, modificar o extinguir obligaciones entre dos o más personas; además, preceptúa que el negocio jurídico requiere para su validez de capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito (artículo 1251) y, también dice, que la obligación deviene de un acto o declaración de voluntad que consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa (artículo 1319). De ello, se infiere que en Guatemala es considerado el convenio como un acuerdo entre dos o más personas sobre una cosa.

El hecho de proponer un negocio jurídico por una persona y su aceptación por otra relacionado con el interés de dar, hacer o no hacer alguna cosa o crear, modificar o extinguir obligaciones, termina cuando las personas comunicadas deciden formalizarlo por medio del contrato; de ahí que el perfeccionamiento contractual se manifiesta por el simple consentimiento de las partes (artículo 1518 del Código Civil) porque tanto el que propone



como el que acepta, deben prestar consentimiento voluntario y sin vicio para hacer realidad el negocio querido o deseado, siempre que el objeto causa del negocio sea lícito.

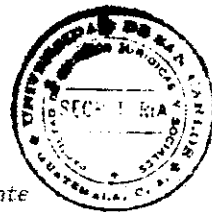
Objetivadas esas actividades y consolidada la conducta de las partes puede decirse que existe contrato y comienza la obligación para cada una y el deber de cumplir lo convenido, de buena fe, conforme a las condiciones pactadas (artículo 1519 del Código Civil).

#### B. Intervención del notario en la formalización del contrato

Quedó dicho que el Notario es quien autoriza, con fundamento en la fe pública ostentada, los actos y negocios que interesan a las personas cuando la ley se lo impone o las partes lo requieren. De esa cuenta, el Notario con el profesionalismo adquirido y la calidad de dador de fe pública ejerce una actividad importante en la formalización de los actos y negocios jurídicos, pues a ninguna persona se le puede vedar el derecho de expresar sus querencias o deseos de efectuar o negociar con otra alguna cosa que se halle en el ámbito de la libre disposición.

La fe pública atribuida al Notario por la ley, tiene la categoría de un derecho imperativo y, de ahí que Giménez-Arnau afirme que

*"Jurídicamente la fe pública supone la existencia de una verdad oficial, cuya creencia se impone en el sentido de que no se llega a ella por un proceso espontáneo cuya resolución que a nuestro albedrío, sino por virtud de un imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir autónomamente sobre*



su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social.<sup>17</sup>

Giménez-Arnau también menciona que la fe pública notarial es certeza e eficacia de los actos y contratos privados, por cuanto que los actos de fe son esenciales para la vida social,<sup>18</sup> con lo cual mejora el concepto adoptado.

Establece el artículo 19 del Código de Notariado que "El Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte", con lo cual se le faculta para autenticarlos y darles forma en los términos legales por medio del instrumento público; la facultad de autenticar es imperativa por ley y como tal ha de darle al documento que facciona, sea en su protocolo o por medio de acta notarial, el que debe contener los hechos y el derecho pertinente y enmarcado dentro de lo que la legislación nacional indican. Por ello, la función notarial, propia del Notario, investido de fe pública, es de orden público y reside precisamente, por disposición de la ley, en él y no en otra persona; es decir, actúa facultado por el Estado para darles certeza, seguridad y fidelidad a lo que autoriza y documenta.

La actividad otorgada al Notario para dar forma y formalizar los negocios jurídicos por medio del contrato, empleando su profesionalismo y su fe pública, impone que el instrumento público incluya dos importantes partes:

<sup>17</sup> Cita de Bernardo Pérez Fernández del Castillo en Derecho notarial, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981, página 125.

<sup>18</sup> Instituciones de derecho notarial, Tomo Primero, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1948, página 63.



1. La de los hechos del contrato incorporados al contrato; y
2. El derecho que cada uno de los otorgantes o partes manifiestan querer o desear y del cual el Notario no sólo está sabido sino que debe informar e incluso, explicar a los requirientes de sus servicios profesionales notariales.

a. **Los hechos del contrato**

El ámbito jurídico comprende dos aspectos: las normas y los hechos. Solamente ciertos hechos son los que interesan al derecho por ser la fuente de los derechos subjetivos: son los hechos jurídicos que adquieren relevancia normativa cuando potencializan la posibilidad de que se hagan realidad y creen derechos u obligaciones y son, como expresa Sergio Ramón Álvarez Jaramillo en sentido amplio, "*todo fenómeno de la naturaleza o del hombre*" y, en sentido estricto "*la totalidad de acontecimientos que al realizarse deben producir consecuencias de derecho*".<sup>19</sup>

Por ello, sigue diciendo que los elementos necesarios para que el hecho haga nacer efectos jurídicos con:

1. Un acontecimiento positivo o negativo de cualquier clase. Este tipo de hechos están fuera del control del ser humano; son producidos por la naturaleza, acontecen sin que el ser humano intervenga o puede intervenir, tales como el nacimiento, la muerte o el aluvión los que una norma jurídica puede tutelar para que a su vez produzcan efectos o consecuencias de naturaleza jurídica; y,

<sup>19</sup> El elemento formal del instrumento público, Editorial del Ministerio de Educación Pública "José de Pineda Ibarra", tesis de graduación, Guatemala, 1960, páginas 18 a 21.





2. Una declaración de orden jurídico ligada al hecho para que efecto se produzca, independientemente de que el hecho sea uno o varios a la vez. Este tipo de hechos son manifestación de la voluntad del ser humano y pueden ser voluntarios, involuntarios y contra la voluntad.

Los hechos voluntarios emanan de la autonomía de la voluntad y son actuaciones que se realizan o hacen efectivos conforme disposiciones jurídicas, no afectados en dolo, mala fe o vicio.

Los hechos involuntarios constituyen el contrario a los anteriores; se representan por las conductas delictivas, los cuasidelitos o la culpa contractual en sentido estricto. Puede decirse, entonces, que son conductas producidas cuando la voluntad del ser humano se halla en suspenso y se necesita de la amplitud de la norma jurídica para que sean apreciados en su dimensión propia.

Los hechos contra la voluntad se producen cuando el ser humano se encuentra sometido a una fuerza superior y externa, inminente e irresistible, que produce lesiones o afecciones a otros seres humanos o las cosas. Esto es, el suceso por medio del cual la voluntad se encuentre supeditada o anulada por un hecho o acto externo impeditiva de la libre expresión.

Ahora bien, al Notario corresponde valorar la narración que le hagan los requirientes para la formalización de un acto o contrato, por cuanto que no basta el simple requerimiento para contratar y que el Notario actúe y autorice el acto o negocio, sino que debe tener consciencia y determinación de lo que le narran los requirientes es posible desde el punto de vista jurídico, fuera de analizar y tener certeza que las personas interesadas se hallan en el goce de derechos y facultades mentales para la instrumentaliza-



ción deseada. Por esta causa la valoración directa que debe hacer el Notario, previo a la autorización del instrumento público respectivo debe circunscribirse al hecho jurídico determinado por la ley, el hecho por su forma y la narración que de él se le hace.

**b. El derecho en el contrato**

El aspecto jurídico del contrato repercute en la actividad notarial pues es lo que le da la forma que la ley establece para que surtan los efectos jurídicos queridos o deseados por los intervinientes en un instrumento público, llámeselos como se les llame, interesados, partes u otorgantes como lo hace el Código de Notariado.

La forma tradicional admitida en la legislación notarial guatemalteca ubica los componentes del contrato en tres niveles.<sup>20</sup>

1. Los esenciales, imprescindibles para su existencia, como son la capacidad, el consentimiento y el objeto lícito (artículos 80, 90, 14, 1251, etc. del Código Civil; 29, 30, 31, 32, etc. del Código de Notariado, por ejemplo);
2. Los naturales que existen porque la ley los indica aunque los otorgantes pueden dejar de estimarlos y constituirlos, como los vicios redhibitorios en contratos a título oneroso (artículos 1559, 1562, 1572, etc. del Código Civil, por ejemplo); y,
3. Los accidentales que no aparecen en el contrato, pero pueden ser clausulados por los otorgantes, como la condición, el plazo, los intereses,

<sup>20</sup> Atilio A. Alterini. Cómo redactar un contrato. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1991. páginas 37 y 38.



...cetera y representan modalidades identificadoras de derechos u obligaciones (artículos 1269, 1271, 1275, 1279, 1282, 1948, 1948, etc. del Código Civil, por ejemplos).

De esa cuenta, el Notario al redactar un contrato debe analizar, antes de todo, si se dan los presupuestos para su celebración, especialmente en cuanto al sujeto, el objeto y la relación que existe entre ambos y dado un resultado favorable, atender en cada una de las cláusulas que lo configuren los elementos esenciales, naturales y accidentales que puedan surgir o deben insertarse y ser parte integral del instrumento faccionado e incluso, prever que el negocio jurídico pretendido formalizar por medio del contrato no sea contrario a las leyes, la moral, las buenas costumbres o el interés social particular, toda vez que su realización y consumación como documento da lugar a la nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial que dice:

*"Los actos contrarios a las normas imperativas y a 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 persiga 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 eludir."*

Aun más de lo que es la nulidad de pleno derecho, el Código de Notariado explica qué formalidades esenciales y especiales ha de contener un instrumento público y, los casos en que por omisión, negligencia o



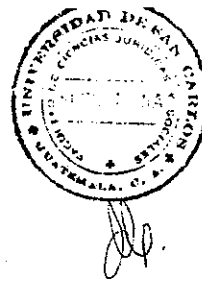


impericia del Notario actuante puede darse el caso de que la parte afectada acuda ante el órgano jurisdiccional para accionar la nulidad del negocio jurídico formalizado. tal como prevé en los artículo 32 y 33 que dicen:

*"Artículo 32. La omisión de las formalidades esenciales en 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."*

*"Artículo 33. La omisión de las formalidades no esenciales, hace que incurra el notario en una multa de cinco a cincuenta quetzales según el caso."*

Al respecto, el Código Civil postula que la nulidad del negocio jurídico se produce en casos en que su objeto sea contrario al orden público o leyes prohibitivas expresas y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia, como que es anulable en casos en que exista en incapacidad relativa de las partes o vicios de consentimiento. En una u otra formas, el derecho debe ser previsto por el Notario antes de formalizar el negocio jurídico y plasmarlo en un instrumento público y, por lo mismo, debida y adecuadamente redactado para que no de lugar a cualesquiera de esas posibilidades.



CAPITULO TRES  
Formalización del contrato

El contrato es la lógica consecuencia del negocio jurídico que las personas someten al análisis y consideración del Notario y este principia con su actividad apreciando los hechos y el derecho pretendido formalizar para, después, someterlos al formalismo que la ley le impone y, de esa manera se perfeccione el negocio y el instrumento donde se contenga sea válido, eficaz y certero.

El Notario es el asistente que desarrolla el negocio jurídico; al hacerlo dirige y ajusta los deseos de los otorgantes a la ley. Sanahuja y Soler, al referirse a la configuración jurídica del negocio jurídico asienta que:

*"la acción de aplicar a un determinado hecho los conceptos formativos necesarios para la realización del supuesto previsto en la ley, conforma el interés de las partes."*<sup>21</sup>

Como tal, es una condición previa y simultánea a la autorización, por cuanto que el Notario es un perito en derecho que hace constar y autoriza por escrito, las relaciones jurídicas que los otorgantes han convenido efectuar. De ahí la primordial circunstancia de que el contrato sea

<sup>21</sup> José María Sanahuja y Soler, Tratado de derecho notarial, Tomo I. Bosch. Casa Editorial, Barcelona, 1945, página 57.



adecuadamente redactado pues es un paso importante para que no exista en él ningún resquicio donde se pueda filtrar una distinta interpretación y preocuparse, hasta donde sea posible, porque se encuentra bien escrito puesto que si "redactar es poner por escrito las cosas sucedidas, acordadas o pensadas"<sup>22</sup> el cuidado que se ponga hará depender el feliz término y consecuencias jurídicas pensadas por los otorgantes e incluso quedarán protegidas contra las malas interpretaciones que quiera darse o extraerse de su texto:

Hay contrato, dice González, cuando varias personas se ponen de acuerdo para declarar su voluntad y formar reglas a las cuales someterse,<sup>23</sup> el instrumento público que lo contiene debe exteriorizar esas voluntades lo más certero y cercano a sus querencias y deseos y el Notario aplicar el derecho conforme a la fe pública que la ley le ha conferido.

Carlos Emérito González,<sup>24</sup> analiza que una buena redacción del contrato conforme a las leyes y sus consecuencia de cumplimiento, previene litigios y considera, entre otras cosas cualidades como las siguientes:

1. La imparcialidad. Para el autorizante no hay "cliente suyo", sino otorgantes o comparecientes; no interesa quien lo designó para formalizar el acto pues lo que interesa es redactar y, antes, aconsejar a los otorgantes sobre lo más conveniente para su ideal negociable. Esto diferencia al Notario del Abogado que defiende a su cliente y confía en él cuando lo hace; pero, el Notario no tiene clientes, sino tiene frente a sí

<sup>22</sup> Diccionario, obra citada, página 1747.

<sup>23</sup> Obra citada, página 164.

<sup>24</sup> Idem, páginas 165 a 175, 179 a 183.



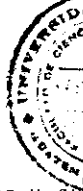
otorgantes que buscan su facultad de fe pública para formalizar su deseo y por lo mismo, no debe inclinarse por uno de ellos.

Por ejemplo, un Notario no debe inclinarse más hacia el arrendante o arrendatario al formalizar un contrato de arrendamiento y buscar las mejores posibilidades y posiciones para uno u otro, sino emplear las disposiciones legales más adecuadas al negocio pretendido; o bien, en el contrato de mutuo, ordenar cuál es la forma más conveniente a los deseos de las partes y asegurar, aun a costa de considerar un exceso en los intereses, el beneficio y rescate del capital mutuado. Otro sería el hecho de equilibrar eficiente y adecuadamente los derechos y obligaciones de los otorgantes para que ninguno quede en superior posición o produzca la posibilidad de incumplimiento del obligado ante condiciones o cláusulas imposibles de satisfacer.

La ley notarial guatemalteca explica sencillamente que, el Notario debe acatar y cumplir los requisitos esenciales o especiales al autorizar un instrumento público y que haga un relato fiel, conciso y claro del acto o contrato (artículos 29, 31, 32, 38, 42 del Código de Notariado), sin que se indique la expresión de verdad y propiedad de lenguaje, pues la fidelidad es *"puntualidad, exactitud en la ejecución de una cosa"* y verdad *"conformidad de las cosas con el concepto que de ellas se tiene; conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa"*.<sup>25</sup>

De tal manera que el Notario debe ser exigente consigo y con los otorgantes para que lo que éstos dicen acerca del negocio jurídico

<sup>25</sup> Diccionario, Tomo II, página 964; y Tomo II, página 2077, respectivamente.



pretendido formalizar en el contrato sea exactamente lo que desean y su obligación como entendido del derecho es aclarar reticencia, oscuridades, malos conceptos e interpretaciones e incluso situaciones contrarias a las leyes; y

2. El lenguaje y el estilo. El Notario debe conocer el idioma como factor esencial de la redacción del contrato; un instrumento público puede convertirse en materia de controversia extrajudicial o judicial debido al empleo de un lenguaje inapropiado o que de lugar a diversas conclusiones por una posible diversidad de acepciones que tienen las palabras e incluso, dificultar la interpretación con ocasión de una redacción y el estilo de redactar complicado, engorroso y llamativo que no refleja la intención real de los otorgantes.

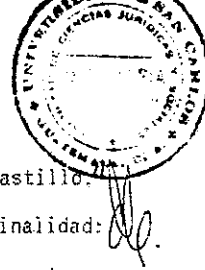
El artículo 1593 del Código Civil, al tratar el tema de la interpretación de los contratos, expresa que

*"Cuando los términos o conceptos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.*

*Si las palabras fueren diferentes o contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquélla."*

La norma civil complementa e impone la obligación notarial de artículo 29 del Código de Notariado de concisión y claridad, toda vez que no debe quedar en el contrato posibilidad de duda pues, aun cuando se redacte y empleen términos lingüísticos adecuados, puede que estos den lugar a variantes en la intención de los otorgantes y también, contradicciones ambigüedades en las cláusulas.





como Girón,<sup>26</sup> se llama introducción, Pérez Fernández del Castillo,<sup>27</sup> proemio y González,<sup>28</sup> encabezamiento, todas tienen la misma finalidad: determinar el lugar y fecha, la identificación del Notario y otorgantes y la titularidad y legitimidad de éstos.

Son deducidas de la legislación notarial guatemalteca una serie de formalidades que debe contener el encabezamiento de los instrumentos públicos, unas que pueden llamarse generales, otras esenciales y unas especiales para los casos señalados expresamente.

a. Formalidades generales son las que todos los instrumentos público han de contener y que esencial o especialmente se señalan en los artículos 13, 14, 29 y 31 del Código de Notariado, tales como el número de orden del instrumento, el lugar, día, mes y año de otorgamiento, la identificación de los otorgantes y la calidad con que comparecen ante el Notario, la titularidad y legitimidad de los otorgantes y documentación con que la demuestran y el Notario actuante.

Debe tomarse en cuenta que, como formalidad general que los instrumentos públicos han de redactarse en español y en el papel especial para protocolos (artículos 99, 13 del Código de Notariado; 6, 23 de la Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel Sellado especial para Protocolos y 3, 28, 29, 30 de su Reglamento) y que su escritura podrá hacerse por medios mecánicos, electrónicos o manuscrita;

b. Formalidades esenciales, además de las señaladas, la participa-

<sup>26</sup> Obra citada, página 88.

<sup>27</sup> Obra citada, página 170.

<sup>28</sup> Obra citada, página 195.

perjudicial e infructuoso para los otorgantes, naciendo que el instrumento sea inútil para los fines perseguidos por éstos.

La legislación notarial guatemalteca no impone una división de las partes de que consta un instrumento público, material y rigurosa, sino expresa qué requisitos son los que debe contener esencial y especialmente y, por tal circunstancia, aprovechando lo que el Código de Notariado, el Código Civil y Código de Comercio relacionan con respecto a los diversos tipos de contrataciones, se ha de entender que las partes son:

1. El encabezamiento que comprende el número de orden del instrumento público, el lugar y la fecha de otorgamiento, la identificación, titularidad y legitimidad de los otorgantes, documentos probatorios, intervención de terceros y la participación del Notario; y,

2. Los presupuestos del contrato que abarcan la especie del contrato, sus circunstancias y la manifestación del consentimiento; esta parte comprende la continuidad del contrato especialmente en cuanto al objeto, las bases, acuerdos y cláusulas contractuales, las obligaciones y derechos de los otorgantes, las inserciones y el cierre.

#### **A. Encabezamiento del contrato**

El instrumento público que contiene un contrato ha de ser otorgado con las formalidades que la ley señala y atendiendo a su estructura externa su primera parte es lo que se denomina encabezamiento aunque otros autores,



erjudicial e infructuoso para los otorgantes, naciendo que el instrumento sea inútil para los fines perseguidos por éstos.

La legislación notarial guatemalteca no impone una división de las partes de que consta un instrumento público, material y rigurosa, sino expresa qué requisitos son los que debe contener esencial y especialmente y, por tal circunstancia, aprovechando lo que el Código de Notariado, el Código Civil y Código de Comercio relacionan con respecto a los diversos tipos de contrataciones, se ha de entender que las partes son:

1. El encabezamiento que comprende el número de orden del instrumento público, el lugar y la fecha de otorgamiento, la identificación, titularidad y legitimidad de los otorgantes, documentos probatorios, intervención de terceros y la participación del Notario; y,

2. Los presupuestos del contrato que abarcan la especie del contrato, sus circunstancias y la manifestación del consentimiento; esta parte comprende la continuidad del contrato especialmente en cuanto al objeto, las bases, acuerdos y cláusulas contractuales, las obligaciones y derechos de los otorgantes, las inserciones y el cierre.

#### **A. Encabezamiento del contrato**

El instrumento público que contiene un contrato ha de ser otorgado con las formalidades que la ley señala y atendiendo a su estructura externa su primera parte es lo que se denomina encabezamiento aunque otros autores,



como Girón,<sup>26</sup> le llama introducción, Pérez Fernández del Castillo, proemio y González,<sup>28</sup> encabezamiento, todas tienen la misma finalidad: determinar el lugar y fecha, la identificación del Notario y otorgantes y la titularidad y legitimidad de estos.

Son deducidas de la legislación notarial guatemalteca una serie de formalidades que debe contener el encabezamiento de los instrumentos públicos, unas que pueden llamarse generales, otras esenciales y unas especiales para los casos señalados expresamente.

a. Formalidades generales son las que todos los instrumentos público han de contener y que esencial o especialmente se señalan en los artículos 13, 14, 29 y 31 del Código de Notariado, tales como el número de orden del instrumento, el lugar, día, mes y año de otorgamiento, la identificación de los otorgantes y la calidad con que comparecen ante el Notario, la titularidad y legitimidad de los otorgantes y documentación con que la demuestran y el Notario actuante.

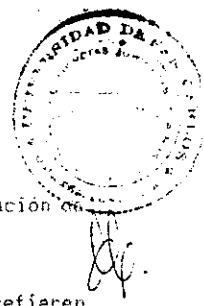
Debe tomarse en cuenta que, como formalidad general que los instrumentos públicos han de redactarse en español y en el papel especial para protocolos (artículos 99, 13 del Código de Notariado; 6, 23 de la Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel Sellado especial para Protocolos y 3, 28, 29, 30 de su Reglamento) y que su escritura podrá hacerse por medios mecánicos, electrónicos o manuscrita;

b. Formalidades esenciales, además de las señaladas, la participa-

<sup>26</sup> Obra citada, página 88.

<sup>27</sup> Obra citada, página 170.

<sup>28</sup> Obra citada, página 195.



ción de terceros (testigos o intérpretes), titularidad y representación de los otorgantes, señaladas en el artículo 31 del Código de Notariado; y.

c. Formalidades especiales que, además de las citadas, se refieren a cierto tipo de instrumentos públicos en que ha de insertarse la hora, capacidad mental del otorgante dadas para el testamento y donación por causa de muerte; las calificaciones en casos de sociedades, constitución de hipoteca y prenda agraria, ganadera o industrial, referidas en los artículos 31, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 49 y 50 del Código de Notariado.

**a. Número de orden cronológico**

Los instrumentos públicos deben llevar un orden cronológico; dispuestos uno tras otro por fechas en que se han autorizado. La razón de este orden radica en la seguridad y la facilidad para su búsqueda.

La seguridad de que el orden será guardado escrupulosamente por el Notario en el protocolo notarial garantiza a los otorgantes que el acto o negocio jurídico autorizado está en el momento y preciso lugar en que se formalizó; y, sin dudar de la actuación notarial, el cambio o alteración correlativa puede considerarse como modificación de situaciones jurídicas ya existentes en un momento dado y en perjuicio de ellas.

El orden riguroso en la numeración prueba con eficacia suficiente, mediata e inmediata, el momento en que un acto o negocio ha sido celebrado e incluso repercute en los efectos jurídicos que pueden generarse, tal como podría suceder con el testamento o la donación por causa de muerte en los cuales el otorgamiento de uno u otra podría dar lugar a que en un mismo o diferente protocolo existan escrituras públicas y la última puede revocar.

modificar o cambiar la anterior y, como consecuencia, tener valor aquo  
y no ésta.

El sistema de numeración por emplear en el protocolo debe ser cardinal, pudiendo precederlo la palabra "Número" a criterio del Notario actuante, condiciones que no perturban el orden, toda vez que el Artículo 13 del Código de Notario califica la formalidad de los instrumentos públicos contenidos en el protocolo, sin que exista disposición contraria al hecho de colocar escrito el número solo en letras o en una combinación de letras y número.

Un último aspecto relacionado con la numeración de los instrumentos públicos es la alteración que pueda producirse en el orden numérico del protocolo lo cual implica la sanción de una multa entre cinco y cincuenta quetzales al Notario causante (artículo 33 del Código de Notariado).

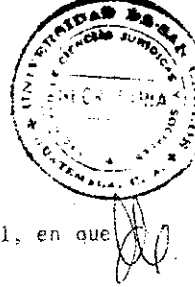
**b. Lugar, fecha y hora**

La indicación precisa del lugar, fecha y hora en que es elaborado el instrumento público tiene una característica dual. El lugar y la fecha son formalidades generales y esenciales y, la última, además de la esencialidad, es especial para cierto tipo de instrumentos (testamento y donaciones por causa de muerte).

Exige el artículo 29 del Código de Notariado que en el instrumento público se consigne el lugar del otorgamiento. El término otorgamiento utilizado en la norma legal revela imprecisión pues, significa cuatro cosas:

1. Permiso, consentimiento, licencia, parecer favorable;
2. Acción de otorgar un documento, como poder, testamento;





3. Escritura de contrato o de última voluntad; y
4. Parte final del documento, especialmente del notarial, en que este se aprueba cierra y solemniza.<sup>29</sup>

Preferible hubiera sido emplear la palabra autorización (dar fe el escribano o notario de un documento) o formalización (dar forma a una cosa, concretar, precisar), porque la redacción del instrumento público corresponde a un Notario, no a los otorgantes: éstos convalidan ante el Notario un negocio jurídico por el que disponen, establecen, ofrecen, estipulan o prometen una cosa, lo que no coincide con ninguna de las acepciones de otorgamiento.

En la práctica, el Notario no otorga ni contrata, sino autoriza el instrumento público y el lugar únicamente determina dónde fue redactado y autorizado por el Notario para los efectos derivados de la negociación como pueden ser donde han de discutirse derechos adquiridos, situación de bienes, la validez de los actos y su cumplimiento y la competencia y jurisdicción (artículos 24 a 35 de la Ley de Organismo Judicial), por lo cual la importancia del lugar ha de señalarse con precisión.

Un anexo a lo que es el lugar donde se autoriza el instrumento público es el del sitio mencionado para el caso de los testamentos o donaciones por causa de muerte que, como formalismo especial, se indica en los artículos 42, 43 y 44 del Código de Notariado, porque no se trata de identificar a una ciudad, población, sino del sitio preciso en que redacta uno u otro instrumentos. Así, por ejemplos, una persona guatemalteca es capaz de

<sup>29</sup> Diccionario, Tomo II, página 1494.



ejercitar derechos a los dieciocho años, pero en Estados Unidos de América no, porque requiere una edad superior o un Notario guatemalteco puede en el territorio nacional o extranjero autorizar instrumentos públicos con entera libertad, siempre que se encuentre habilitado para el ejercicio profesional.

Todo contrato, al crear, modificar o extinguir obligaciones, produce derechos y obligaciones para los contratantes y tiene, respecto a ellos, fuerza de ley; pero, para que esta fuerza pueda surtir los efectos deseados debe fijarse una fecha en que es autorizado y aceptado voluntariamente el contrato, pues esta fecha es la que da inicio a lo comprometido y, a partir de ella, exigirse el cumplimiento. Mucha razón tiene el artículo 29 del Código de Notariado en establecer la fijación, como formalidad general y esencial, del día, mes y año en que el instrumento público es autorizado por cuanto que de ella dependen la validez o nulidad de las relaciones jurídicas formalizadas.

En cuanto a la hora en que inicia y termina la autorización del instrumento público, sucede lo mismo que con la fecha, pues tiene la importancia de fijar el momento preciso en que se dieran una u otras circunstancias para evitar la posibilidad de que en el mismo momento, con los mismos otorgantes que incluso pueden ser personas fallecidas con anterioridad, terceros participantes o incluso el Notario, se cree otro distinto instrumento. La formalidad esencial y especial previene esta posibilidad e incluso confiere al instrumento de mayor certeza y seguridad jurídicas.

La formalidad de indicar la hora en que se inicia y termina el instrumento público la establece el Código de Notariado con especificidad





para aquellos que contengan testamentos y donaciones por causa de muerte tal como estipulan los artículos 42, 43 y 44, condición que es de suma importancia para la seguridad del instrumento ante la eventualidad de que el testador o donante sea persona fallecida o fallezca antes o mientras se elabora la escritura correspondiente.

La omisión de alguna de las formalidades referidas a la fecha y hora de la autorización del instrumento público permite a la parte interesada demandar su nulidad en el plazo de cuatro años y si bien la norma que contiene la desafortunada expresión de que ese plazo se contará a partir de la fecha de su otorgamiento, no puede admitirse porque existe la eventualidad de que suceda y la ley no debió promulgar tal concepto legal, sino dejar establecido que el ejercicio de la acción de nulidad puede operar desde que el otorgante interesado conozca del suceso, cosa difícil de considerar si ha leído o le ha sido leído el texto del instrumento antes de manifestar su consentimiento voluntario y aceptarlo. De todas maneras, la idea preventiva en lugar de resultar innecesaria no soluciona el problema, toda vez que los negocios jurídicos en que se produzca nulidad absoluta, tal como sucede con el asunto comentado, no producen efecto ni son revalidables por confirmación (artículos 1301 y 1302 del Código Civil; 4 de la Ley del Organismo Judicial).

Por último, en materia de fecha y hora en el instrumento público, conforme lo establecido en el artículo 13 del Código de Notariado, deben ir escritas en letras, pues si hay discrepancia entre lo escrito en letras y lo que aparece en números, se estará a lo escrito en la primera forma.



**c. Identificación de los otorgantes**

El Código de Notariado expresa en los artículos 29, 31 y 47, que las personas que participan o intervienen en cualquier acto o instrumentos públicos han de identificarse ante el Notario, deduciéndose de esas normas, especialmente la primera, tres maneras:

I. Cuando la persona compareciente no es conocida por el Notario actuante, deberá indicar y quedar escritos en el instrumento público sus nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión u oficio y domicilio y comprobar el ejercicio de una calidad o cargo con el título correspondiente. Además, la identificación será comprobada por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte por ser obligado hacerlo no sólo para los actos señalados en la Ley de Cédula de Vecindad (artículo 89) y su Reglamento (artículos 19, 79, 99, 14, 19, 23, 25) sino para todo acto o negocio jurídico formalizado en instrumento público.

La comprobación de datos personales es importante para la seguridad del instrumento público, en especial porque da oportunidad al Notario de confirmar:

I. Los nombres y apellidos y la forma en que se escriben, el nombre usual, el cambio de nombres, las modificaciones de estado civil y profesión u oficio;

II. La edad, lugar y fecha de nacimiento y nombre de los padres;

III. La vecindad actualizada de la persona en determinado municipio;

y,

IV. La nacionalidad de la persona y su calidad de extranjero



domiciliado o residente en el país:

2. Cuando la persona es conocida del Notario hace innecesario la indicación de los datos personales de la persona pero, en caso de instrumentos públicos que autorizan un testamento, donación por causa de muerte o la constitución de sociedad anónima, el formalismo debe seguir la norma argentina e identificar a los comparecientes con todos sus datos personales en el documento respectivo, dejando expresión escrita de ello; y,

3. Cuando la persona no es conocida por el Notario puede ser identificada por dos testigos conocidos por el actuante o, por ambos medios si lo estima conveniente.

Respecto a los nombres y apellidos, el artículo 29 del Código de Notariado es insuficiente como medio identificador de la persona por cuanto que quien comparece ante el Notario no debe indicarle únicamente cuáles son sino exigirsele si es conocido por otros nombres y apellidos y de ser así, si fueron debidamente registrados -claro que puede hacerlo por medio de la Cédula de Vecindad-. La actitud del Notario es importante para la constitución de relaciones jurídicas, debido a las posibles confusiones que pueden suceder y la abundancia de nombres y apellidos existentes, incluso los compuestos, productores de conflictos en los registros públicos.

La manifestación de cuál es la edad de la persona es otro requisito de importancia en el instrumento público ya que la fórmula vaga de "mayor de edad" es un resabio de la legislación española eliminado en el artículo 29 del Código de Notariado pues, si el compareciente es mayor o menor de edad, ésta puede comprobarse con documentos como la Cédula de Vecindad, el pasaporte o la certificación de partida de nacimiento, o dos testigos



conocidos del Notario, según el caso.

En lo que al estado civil respecta, la práctica es indicar si la persona es soltera, casada o unida de hecho declarada formalmente y no utilizar expresiones como "soltero o soltera por viudez" o "unido o unida de hecho" si no está declarada ante los registros correspondientes. Una práctica producto de la costumbre notarial es la de escribir, cuando se trata de una otorgante o participante en el instrumento público casada o unida, sus nombres y apellidos propios y proseguirlos con el apellido del esposo o unido de hecho, precedido de la preposición "de", circunstancia indebida si se hace sin consultar de previo pues, conforme al artículo 108 del Código Civil es un derecho de la mujer casada o unida agregar el apellido de su cónyuge a los propios, por lo que no puede obligársele a tal acto si no es su deseo. Basta con señalar en el instrumento su estado civil.

El régimen de nacionalidad de la persona es otro requisito esencial y especial del instrumento público ya que determina el país de su origen y, al ser omitida su indicación, puede provocar impedimentos derivados de la capacidad jurídica o afecciones a las relaciones jurídicas, como la de adquirir bienes personas extranjeras dentro de los límites territoriales cercanos a las fronteras, lagos o mar. Especial condición tiene la expresión de la nacionalidad cuando de testamento o donación por causa de muerte se refiere, al tenor de lo dispuesto en los artículos 42, 43 y 44 del Código de Notariado.

La profesión, oficio u ocupación de la persona no genera problema, salvo el hecho de que debe indicarse con seguridad cuál es en el texto del instrumento público.



Por último, el domicilio de los otorgantes tiene su razón de ser en el instrumento público, por constituir el lugar habitual donde tienen su residencia o ejerce sus derechos y cumple sus obligaciones (artículos 32, 34, 35, 36 y 40 del Código Civil). Además, la ley exige el señalamiento del domicilio fiscal cuando se trata de instrumentos públicos que constituyen sociedades civiles, anónimas o comanditarias (artículos 46, 47, 48 del Código de Notariado).

**d. Titularidad de los otorgantes**

El otorgante de un instrumento público es el sujeto de derecho, o sea la persona individual o jurídica que reúne las condiciones señaladas por la ley y puede comparecer como sujeto dentro del mismo por sí o en representación de otro de tres formas:

1. En nombre propio e interés propio, cuando se trata de la persona individual que quiere o desea formalizar un negocio jurídico concertado con otra y deciden formalizarlo ante el Notario.

En este caso, la comparecencia del otorgante requiere su identificación como quedó dicho y aquellas adicionales que pueden afectar el negocio jurídico;

2. En nombre propio y en interés ajeno, cuando se trata de la persona que actúa en las mismas calidades citadas e interviene por lo que se denomina representación legal o representación voluntaria, ya sea por medio del mandato o poder o sin necesidad de él, en casos como:

I. La representación legal surgida cuando se suple la capacidad del representado por ser menor de edad, incapaz o ausente y la de la herencia



yacente. También puede darse por medio del mandato o poder, cuando persona mandatario actúa por cuenta y encargo del mandante, haya o no representación; y, por último, en los casos en donde la intervención de la persona en nombre ajeno es válida y susceptible de convalidarse, como sucede en la gestión de negocios ajenos sin mandato; y.

3. En nombre e interés ajeno, cuando la persona actúa ejerciendo la calidad de representante legal de otra. Una de las condiciones de este tipo de intervención y comparecencia es que la persona representada carezca de la capacidad civil necesaria y requerida por la ley para poder actuar por sí mismo y lo que se hace es complementar esa capacidad, tal como sucede con el menor de edad sujeto a patria potestad o tutela y el quebrado, el concursado, el declarado en estado de interdicción o el pródigo, que pueden tener capacidad pero no ejercerla.

Debe incluirse en este caso, a las personas jurídicas que actúan dentro del instrumento público como sujetos de derecho por medio de sus representantes legales, ya fuera porque la ley los distingue o se dispone en sus respectivas escrituras constitutivas.

**e. Legitimidad de los otorgantes**

Por legitimidad se entiende lo *"conforme a las leyes; cierto, genuino y verdadero en cualquier línea"*.<sup>30</sup>

La referencia de la legitimidad de los otorgantes se encuentra en el goce de sus derechos y ejercicio de su capacidad civil; como tales, son los

<sup>30</sup> Diccionario, Tomo II, página 1240.



calificadores de la aptitud del sujeto que ha convenido con otro para la realización de un negocio jurídico, su calidad en el instrumento público es condición insoslayable para obtener su formalización.

El Notario, como redactor del contrato, en consecuencia, debe determinar y verificar previamente a elaborarlo la capacidad que tienen los interesados en el negocio y, luego, formalizarlo; esto es, calificar la calidad, representación y titularidad de los derechos por disponer, adquirir o gravar, en su caso, lo cual determinará, en términos generales que ha de estimar la norma del artículo 1251 del Código Civil en cuanto a que se reúnan los requisitos de capacidad legal del sujeto que declara su voluntad y el objeto lícito, pues el consentimiento es una parte integral del instrumento público al estar elaborándose. De esa cuenta ha de considerar:

1. La edad del interesado que sea como mínimo los dieciocho años, pues adolece de incapacidad el menor de edad (artículo 89 del Código Civil). La excepción se encuentra en el caso del contrato de trabajo conforme artículos 259 del Código Civil y 150 del Código de Trabajo;

2. La incapacidad de mayores de dieciocho años por adolecer de enfermedad mental que les prive del discernimiento, aunque las perturbaciones mentales les permita el otorgamiento de actos y negocios (artículos 99 y 10 del Código Civil);

3. La declaración de estado de interdicción como consecuencia del abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes que exponen a la familia de la persona y sus bienes a perjuicios económicos (artículos 99, 11 y 12 del Código Civil);

4. La ceguera congénita o adquirida y los sordomudez, salvo que



pueda comprobarse que pueden expresar su voluntad de manera indubitante (artículo 13 del Código Civil);

5. La representación de personas individuales y jurídica con los suficientes derechos para actuar en nombre ajeno de acuerdo al título que la acredite (artículos 17, 24, 27, 49, 50, 115, 254, 1686, 1687, 1688, 1690, 1691, 1692, 1693, etc. del Código Civil); y,

6. La titularidad del derecho del bien del cual dispone por medio del contrato. Por ejemplo, si alguien desea vender una cosa, debe transferir el dominio de la misma (artículo 1790 del Código Civil) y es obligado no sólo probar la existencia del objeto sino la propiedad o posesión (artículo 1794 del Código Civil). Esta calidad resulta de la existencia de la titularidad que se tiene sobre la cosa que, en el supuesto se trate de bienes muebles o inmuebles registrables, ha de constar en el documento la anotación registral correspondiente a nombre de quien la dispone como se establece en los artículos 1125, 1130, 1133, 1137, 1161, 1163, 1179, etc. del Código Civil.

Una vez el Notario aprecia la capacidad de los interesados en formalizar un negocio jurídico y ha establecido y verificado la titularidad y, como consecuencia la legitimación del interesado para formalizarlo en instrumento público y existe el poder de disponer o contratar sobre el objeto materia del contrato, puede elaborar el contrato correspondiente.

**f. Intervención de terceros en el contrato**

Los terceros que pueden intervenir en la formalización de un contrato son en primer lugar los intérpretes, luego los testigos de asistencia ;





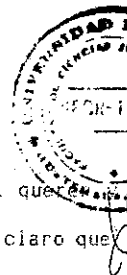
presenciales del acto notarial.

Las personas individuales pueden realizar actos y negocios jurídicos de manera personal; actuar por sí misma o por medio de otra que las represente. Sin embargo, hay la posibilidad de que la persona ignore o no pueda expresar su voluntad en español o carezca de la capacidad de hacerlo de palabra. Para solucionar la dificultad expresiva ha de intervenir en el instrumento público un tercero denominado intérprete quien sin tener la calidad de testigo instrumental o presencial, sirve de enlace entre el otorgante y el Notario. Su presencia interesa por la utilidad precedida y consecencial en la formalización del instrumento pues, sin ella, el negocio jurídico que pudo haberse concertado no podrá hacerse realidad ni cumplimentar el querer o desear de la persona.

La razón para introducir al intérprete en los contratos se encuentra establecida en los artículos 29, 31, 42, 43 y 44 del Código de Notariado pues califica de obligada la intervención en la formalización del negocio jurídico del intérprete en el caso de aquellas personas que no pueden hablar el español o ignoran ese idioma.

El hecho es que las normas son insuficientes para la necesidad y obligación de la participación de persona intérprete. La formalidad esencial y especial debió ser más amplia pues, no solo existe la dificultad de expresión del idioma español, hablado o escrito, sino también la posibilidad de aquellas personas que padeciendo de incapacidad relativa como la sordomudez si pueden darse a entender por medio de la mímica de manera indubitable, como lo establece el artículo 13 del Código Civil.

En ese sentido, el Notario actuante ha de hacer comparecer a la

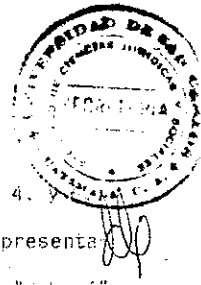


persona que actúe como intérprete para que le indique cuál es el que deseo del otorgante del instrumento público lo más fiel, conciso y claro que se requiera, debiendo mediar como requisitos para la actuación que:

1. Se nombre por la persona que ignora el idioma español;
2. Sea, de preferencia, traductor jurado. No importa para el caso que sepa o no firmar, pues la dificultad se soluciona con la firma de un testigo de asistencia. Aun cuando el Código de Notariado solo expresa la condición de que el intérprete sea, de preferencia, traductor jurado, no anota otra cualidad o calidad;
3. Su número varia de acuerdo a la clase de instrumento público que autoriza el Notario: uno, si se trata de contrataciones que no sean testamento y donación por causa de muerte y dos, en los casos especiales dichos, elegidos por el testador o donante para que traduzcan sus deseos; y,
4. Identificarlo plenamente, cual si se tratara de uno de los sujetos otorgantes del instrumento público.

Los testigos instrumentales o presenciales se explican porque el testigo es una persona de fe que puede manifestar la verdad o falsedad de hechos que conozca y que sean controvertidos y, por lo mismo, sirven para acreditar que lo que se hizo o dejó constancia en el instrumento público es cierto y ratifican o coadyuvan a lo que cada uno de los otorgantes haya dicho, dando paralelamente al Notario dación de fe en lo actuado. Es decir, son una garantía más adjunta al instrumento.

El artículo 51 del Código de Notariado establece que "el Notario podrá asociarse de testigos instrumentales en los actos y contratos que autorice",



circunstancia que contradice el texto de los artículos 39 numeral 4. y 42 numeral 3. y 44 numeral 2., porque utiliza la palabra "podrá" representativa de una discrecionalidad del Notario, cuando debió utilizar "deberá" pues, los artículos mencionados, son de carácter imperativo por tratarse de formalidades esenciales y especiales de los instrumentos públicos. La redacción del artículo es desafortunada; mas, existiendo la norma legal indicadora de que las disposiciones especiales de las leyes prevalecen sobre las generales, puede estimarse, aunque no en su plenitud, corregida la eficiencia (artículo 4 y 13 de la Ley del Organismo Judicial).

El Código de Notariado ordena cuáles son las calidades y cualidades que deben tener los testigos para intervenir en el instrumento público (artículos 42, 43, 44, 52 y 53):

I. Ser civilmente capaces, idóneos y conocidos por el Notario y si no los conoce identificarlos por los medios legales. La condición señalada también es desafortunada toda vez que los testigos intervinientes o participantes dentro del instrumento público no basta que sean conocidos del Notario sino que éste debe identificarlos para evitar cualquier resquicio de duda, máxime si se trata de personas que testifican el momento en que se otorga un testamento o una donación por causa de muerte. En este sentido el Notario debe ser cuidadoso con identificar, aun cuando sean conocidos suyos, a los testigos;

II. La incapacidad para ser testigos radica en cuanto a que:

a. No sepan leer y escribir o no hablen o no entiendan el español. La circunstancia es prudente, aunque peca de excesiva, porque existen personas honorables y fidedignas que pueden hablar el idioma español y no



leerlo y escribirlo. Se considera preferible que el Notario estime la conveniencia o inconveniencia que una persona que carezca de esta calidad y pueda intervenir como testigo;

b. Tengan interés manifiesto en el acto o contrato. La condición es de dudosa verificación porque ¿cómo puede establecer el Notario que el testigo tiene interés manifiesto si son personas que no conoce o aún conociéndolas?;

c. La sordera, mudéz o ceguera. Las circunstancias son posibles de verificar por el Notario personalmente;

d. Los parientes del Notario; y,

e. Los parientes del otorgante, salvo en caso de que firmen a su ruego, cuando no sepan hacerlo y no se trate de testamento o donación por causa de muerte; y,

III. El número de testigos intervinientes de lo cual ya se habló.

#### B. Presupuestos del contrato

Por presupuesto se entiende el "motivo, causa o pretexto con que se ejecuta una cosa", el "propósito formado por el entendimiento y aceptado por la voluntad".<sup>31</sup> De ahí que los interesados al formalizar el negocio jurídico por medio del contrato tienen un motivo, una causa y el propósito derivado del entendimiento y la voluntad que es distinto del objeto sobre el cual se contratará.

<sup>31</sup> Diccionario. Tomo II. página 1663.



a. Especie del contrato

El contrato se considera tiene tres elementos: los esenciales, los naturales y los accidentales de los cuales se habló antes en este estudio y como tales son los presupuestos para que tenga existencia, por cuanto que califican la capacidad del sujeto que otorga el instrumento público, su legitimación y la idoneidad del objeto.

La clasificación de los contratos reviste diversos criterios y algunos de ellos se encuentran establecidos en la ley. Esta clasificación se indica únicamente por la forma en que deben ser redactados. Tradicionalmente, los contratos han sido calificados como:

1. Típicos y atípicos. El contrato típico es, puede decirse, el "químicamente puro",<sup>32</sup> toda vez que se encuentra regulado por una norma legal, por lo regular, el Código Civil o el Código de Comercio, donde se indica cuáles son sus componentes o requisitos de validez y eficacia.

El contrato atípico es aquél cuyos componentes pertenecen de alguna manera a una u otra figura contractual típica o nominada o bien, carece de una normatividad legal anticipada y reconocida por el ordenamiento jurídico pero trata sobre cosas en el comercio. Más que todo, se trata de situaciones de negocio que aún no han sido normadas.

El Notario redactor de cualquiera de esos tipos de contratos debe, al formalizar el negocio jurídico, elaborar un contrato que encaje en los moldes o modelos previstos o descritos en la ley pero, al tomar la decisión

<sup>32</sup> Atilio Anibal Alterini, obra citada, página 26 y siguientes.

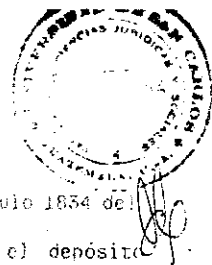


no ha de olvidar que existen temas o asuntos no reglados y que son sujetos de reglas comunes a la mayoría de contrataciones. El hecho es que los contratos atípicos merecen la distinción entre los que tienen tipicidad y los que no la tienen para que no sea dudosa, al final, la intención de los otorgantes. Tampoco debe el Notario perder de vista las denominadas uniones de contratos, cuando son simultáneamente elaborados varios, o la expresión de voluntad se manifiesta o, por último la intencionalidad a que se refiere el negocio, tal como se expresa en los artículos 1593 y siguientes del Código Civil pero, especialmente en cuanto a la literalidad de las cláusulas y la evidencia que del negocio se desprendan o lo referido a los contratos mercantiles respecto a su cumplimiento citados en los artículos 669, 671 y 694 del Código de Comercio;

2. Formales solemnes: absolutos y relativos. El contrato solemne absoluto es el que se sujeta a una forma predeterminada, preestablecida en la ley y no es posible soslayar los requisitos y forma que señala, tal el caso de la donación de un inmueble, el arrendamiento, los que excedan de cierto valor, que deben formalizarse en escritura pública y exige, por ello que sean escritos (artículos 1574, 1575, 1576, 1577, 1578, 1855, 1856, 1857, 1880, etc. del Código Civil; 669, 671, etc. del Código de Comercio.

Los otros contratos, no obstante que su forma privada es obligatoria, pueden dar lugar a que posteriormente se otorguen por escrito;

3. Reales. Estos quedan concluidos desde el momento en que uno de los otorgante haya hecho la entrega de la cosa sobre la que recae el contrato al otro; la expresión de la voluntad, traducida por el consentimiento, se hace al suscribir el respectivo contrato, tal como sucede en el



aso de la compra por abonos con o sin reserva de dominio (artículo 1854 del Código Civil), el mutuo (artículo 1942 del Código Civil) o el depósito (artículo 1974 del Código Civil):

4. Bilaterales. Los contratos bilaterales son los que obligan a los otorgantes recíprocamente; como ejemplos se cita al plazo de entrega y recepción de obra determinada y la forma de pago de la misma (artículos 2000, 2005, etc. del Código Civil), la mora recíproca (artículo 1282 del Código Civil);

5. Onerosos y gratuitos. Derivados de si producen rentas, ventajas y beneficios a los otorgantes o no, como sucede en el caso del mandato (artículos 1686, 1687, 1689 del Código Civil) o la donación entre vivos (1855, 1856 del Código Civil);

6. Conmutativos y aleatorios. Los primeros son los que revelan ventajas o pérdidas que no dependen de un acontecimiento incierto, la teoría de la imprevisión y, los segundos, cuando es invocada la excesiva onerosidad cuando se produce; y,

7. De disposición y de administración. El acto de disposición consiste en la enajenación o gravamen que sobre una cosa pesa, como el caso de la compraventa al contado o por abonos y el acto administrativo no importa la enajenación, sino la conservación del capital para producir beneficios, tal como sucede con la gestión de negocios.

**b. Circunstancias del contrato**

Las circunstancias en que es realizado el contrato devienen de cuáles son las motivaciones o pretensiones de los interesados en el negocio



jurídico; esto es, cuáles fueron las intenciones que tienen previstas concertadas con anterioridad para que tengan, a su vez, efectos jurídicos posteriores y que no son parte intrínseca del contrato, tal como puede ser la forma en que deciden y convienen sea interpretado o resuelto el contrato y a qué sujeciones obligatorias se someten los otorgantes en el instrumento público.

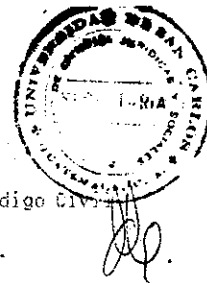
Al redactar estas circunstancias es preciso que el Notario analice a fondo los presupuestos de lo que quieren o desean los otorgantes dejar formalizado en el contrato, tendiendo especialmente a la verificación y determinación de la titularidad y legitimidad de los sujetos, el objeto sobre el cual pretenden contratar y las relaciones que entre ellos pueden existir.

Dado que las cláusulas del contrato serán las que comprendan las intenciones, querencias y deseos de los otorgantes, deben de redactarse de tal manera que no dejen lugar a dudas a la convención y, a la vez, no dejar pasar los posibles inconvenientes e impedimentos a ciertos hechos cuando contradigan, afecten o alteren normas del orden público, la moral y las buenas costumbres o perjudiquen a terceros.

#### **c. Manifestación del consentimiento**

La manifestación que las personas hagan de su voluntad en el instrumento público que formaliza un acto o negocio jurídico es, no solo la parte más importante que debe conocer el Notario, sino que representa la validez del acto o negocio. Es decir, el consentimiento debe estar libre de todo tipo de vicio que lo afecte (artículo 1251 del Código Civil).





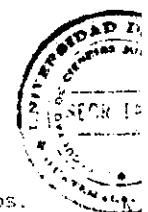
La manifestación de la voluntad dice el artículo 1252 del Código Civil puede ser expresa, tácita o presunta cuando la ley la establezca.

Es expresa la manifestación de la voluntad cuando la persona la exterioriza con actos personales, directos y efectivos de que ese es su querer o deseo, libre de todo tipo de presiones, coacciones, intimidaciones, dolo y, en general, de vicios que la afecten de alguna manera. Es tácita, cuando se realizan actos que, sin ser personales y directos, exteriorizan el querer o deseo de la persona de que efectivamente se ha producido un acto en el que intervino pero, siempre que el silencio considerado como manifestación de la voluntad se estime como tal (artículos 1252 y 1253 del Código Civil).

Excepción a la manifestación de voluntad para que el negocio jurídico sea válido es aquella derivada de persona incapaz que no puede considerarse como expresión válida por propia condición legal ni poder aprovecharse en beneficio propio (artículos 89, 99, 1255 y 1256 del Código Civil).

Debido a una defectuosa o alterada manifestación de voluntad, de la cual el Notario redactor del contrato debe ser cuidadoso recibir y verificar, es que es posible la nulidad o anulabilidad del negocio jurídico si concurren los vicios alimentados por el error, el dolo, la simulación o la violencia (artículos 1257 y siguientes del Código Civil). Todos estos elementos causales deben ser comprendidos y analizados por el Notario previamente a la elaboración o durante la misma, del contrato y evitar por todos los medios la prosecución del instrumento público, incluso la cancelación con lo que evitará las infracciones y afecciones a las normas legales y los perjuicios que pueden ocasionarse por la relación jurídica

| } ~~\_\_\_\_\_~~ [Barcode]



intentada formalizar fundado en alguno o en varios de esos hechos.

Una parte importante del instrumento público producido, sin que exista ninguna reticencia, contradicción o afección a los otorgantes, orden público, moral y buenas costumbres, es el acto de su lectura. Los otorgantes, al leerlo, se enteran de su contenido total y si arriban a la verdadera manifestación del consentimiento como expresión de la voluntad. Esta parte exterioriza materialmente el querer o desear concluir con la contratación y significa estar de acuerdo con lo escrito en el instrumento y sus cláusulas. Por eso, considera Núñez Lagos que el consentimiento no deriva únicamente de la manifestación que hagan las partes al Notario autorizante, sino que existe con la antelación del acuerdo preliminar de formalizar un negocio jurídico y estima que existen dos tipos de consentimiento: el anterior a la formalización y el instado por el Notario en el instrumento público.<sup>33</sup>

Ahora bien, la ley guatemalteca no especifica el lugar donde, en el instrumento público, ha de estar la manifestación del consentimiento; por lo regular, el Notario al principiar y conocer la clase de contrato que han determinado realizar los otorgantes comienza a saber que esa es la manifestación dicha y la reitera al final en donde las personas otorgantes exponen, como se dijo, la aceptación y ratificación de lo redactado. De ahí, que el Notario debe ser cuidadoso de no omitir esta parte del instrumento público.

<sup>33</sup> Obra citada, página 33.



## 2. Continuidad del contrato

El contrato que se contiene en un instrumento público debe estar escrito de una sola vez, sin interrupción alguna, no admitiendo el negocio jurídico entre ausentes, ni apéndices del mismo, ni ulteriores modificaciones como afirma González.<sup>34</sup>

El Código de Notariado al referir las formalidades del protocolo notarial dice que los instrumentos públicos se "escribirán uno tras otro, por riguroso orden de fechas y dejando de instrumento a instrumento, sólo el espacio necesario para las firmas" (artículo 13 numeral 2.). con lo cual afirma la imposibilidad de que un instrumento quede pendiente, "para después", por cualquier razón y si el Notario no puede terminar de redactarlo por cualquier causa, propia o ajena a su voluntad, lo correcto es cancelarlo (artículo 37).

Sin embargo, el instrumento público traduce y contiene la narración que cada uno de los otorgantes le transmite al Notario y, por lo mismo, éste no puede por razones de seguridad y certeza jurídicas, suspenderlo o no terminarlo en la oportunidad en que lo principiara a elaborar en su protocolo notarial. La situación es analizada con preocupación por González porque el otorgamiento,

*"cristaliza los contratos comunicándoles la misma fijeza que el calor de la presión a los objetos de cerámica, al decir de Fernández Casado, para quien los cinco requisitos que han concurrido para ese otorgamiento, son: 1) presencia del Notario:*

<sup>34</sup> Obra citada, página 204.

2) presencia de los otorgantes; 3) presencia de los testigos;  
4) lectura del instrumento; y 5) expresión libre de la voluntad  
de los contratantes.<sup>35</sup>



Es decir, desde el primer momento en que el Notario comienza a elaborar el instrumento público, hasta que se acepta por los otorgantes y firman o suplen la firma por otro medio, existe continuidad del acto notarial consecuente del carácter formal y por lo mismo, su valor y eficacia, sin que tenga importancia el tiempo que se ocupe de hacerlo pues, para conjugar las intenciones contractuales hay un medio supletorio que usar: la redacción de una minuta o proyecto de escritura pública que, hecha fuera del protocolo notarial, permitiría configurar el negocio jurídico a satisfacción de los interesados para luego, una vez aprobada, trasladarse como instrumento público (artículo 109 numeral 13. del Código de Notariado).

**a. Consentimiento de los otorgantes**

Una vez ha sido leído el instrumento público a los otorgantes enterados de su contenido es cuando se produce la expresión del consentimiento, el cual es manifestado con simultaneidad a la firma u otro medio similar y conferirle el valor y eficacia perseguidas.

El consentimiento es importante y vital para la vida jurídica e instrumento público y manifestado como se dijera.

**b. Objeto del contrato**

<sup>35</sup> Obra citada. páginas 207 y 208.



Normalmente los contratos atienden o tratan acerca de un positivo o negativo del obligado (dar, hacer o no hacer alguna cosa), el dominio sobre una cosa material o inmaterial, etcétera y, de ahí que el objeto del contrato puede ser inmediato o mediato.

El objeto inmediato del contrato son las obligaciones que se generan por su medio y el mediato, la cosa o hecho positiva o negativa que constituye el interés del acreedor.<sup>36</sup>

El Código Civil estipula que "*son bienes las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación, y se clasifican en inmuebles y muebles*" y "*pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley*" y, asimismo que "no solo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan" (artículos 442, 443 y 1538), de tal manera que para el efecto ha de considerarse al momento de redactar el contrato acerca de:

1. La calidad de la cosa, esto es, si se trata de un inmueble o mueble que se encuentre en el comercio y pueda ser susceptible de apropiación;
2. La existencia de la cosa que puede dar lugar a variantes como:
  - I. Sea una cosa presente o futura. La cosa presente debe existir al momento de la contratación y si es inexacto, el contrato será nulo; y,
  - II. Sea una cosa con promesa de entregarla siempre que llegue a existir, como la cosecha que puede lograrse o fracasar;
3. La posibilidad de la cosa. Es decir, que no se produzca la

<sup>36</sup> Atilio Arribas Alterini, obra citada, página 94.



imposibilidad material o jurídica:

4. La licitud. Las cosas no puede generar obligaciones si devienen de un ilícito y, por ello es que se las señala como apropiables y estén dentro del comercio por su naturaleza: y

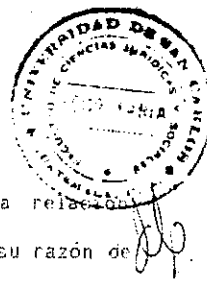
5. La disponibilidad. Esta deriva de la titularidad que una persona puede tener sobre de una cosa, pues las cosas ajenas no pueden ser trasladadas sino por su legítimo propietario.

De tal manera que el Notario al encontrarse elaborando el instrumento público y solicitar al otorgante que corresponda la comprobación de los hechos en que funda el negocio jurídico, convenido con el otro otorgante, debe cuidar porque se dilucide y aclare cualquier duda, subterfugio, dolo, vicio y demás aspectos que pueden incumbir a la cosa y evitar infracciones a la ley. Asimismo, debe ser esmerado en la descripción escrupulosa de qué es la cosa, en qué consiste, su medida, peso, cantidad, extensión, condiciones perecedera o imperecedera, etcétera y, producir la mejor de las descripciones que se pueda con la finalidad de que sea plenamente identificable e indubitable.

**c. Bases, acuerdos y cláusulas contractuales**

La redacción de las bases, acuerdos y cláusulas del instrumento público es quizá, dentro del contrato, la parte más importante y a la cual debe dedicar el tiempo necesario el Notario autorizante del negocio jurídico puesto que de ellas depende los efectos jurídicos de la relación.

Esta parte del instrumento público, recibe diversos nombres y se dedica a formular la declaración de voluntad de los interesados y cuyo



contenido es constituir, reconocer, modificar o extinguir una relación jurídica. Es, propiamente hablando, el alma del instrumento y su razón de ser, por lo que el Notario ha de ser esmerado y prolijo al redactarla, poniendo sus conocimientos profesionales y técnicos al servicio de una válida y eficaz contratación.

El Código de Notariado al contemplar esta parte del instrumento es bastante simple, aunque revela que debe ser una relación fiel, concisa y clara del acto o contrato (artículo 29 numeral 7). Es decir, deja a la libre disposición del Notario redactarlos como mejor conviene al contrato devenido de la voluntad de los interesados. Por eso, el objeto de las bases, acuerdos y cláusulas contractuales son actos o negocios jurídicos que pueden generar efectos jurídicos positivos o negativos. En segundo lugar, los contratos son acuerdo de voluntades que producen relaciones jurídicas.

De esa cuenta, el Notario al proceder a la elaboración del instrumento público ha de considerar que existen cláusulas usadas en la mayor parte de los contratos y otras que debe redactar con especificidad para uno determinado, porque se trata de una labor creadora que hará realidad el querer o desear de los otorgantes.

La estructura de las bases, acuerdos y cláusulas del contrato son presupuestos especiales que cada uno tiene y de acuerdo a los diversos tipos de contrataciones señalados por la ley y sin los cuales no existen, tal como la disposición de una cosa y su precio en la compraventa o la fijación del plazo y precio en un arrendamiento, siendo así que en la redacción de ellas ha de considerarse y tomarse en cuenta:

1. Cada base, acuerdo y cláusula indique un contenido específico



y claro porque tienen una finalidad distinta, pero todas comprendidas dentro de la parte llamada dispositiva de la escritura. En ese sentido, la redacción de bases, acuerdos y cláusulas equivale a lo que quiere o desea una persona otorgante o sea, describir si lo que desea es disponer de un cosa, enajenarla, cederla, transmitirla, hipotecarla, heredarla, donarla etc. y que, su caso, la otra, quiere o desea aceptar lo que se hace a su favor;

2. La redacción de cada base, acuerdo y cláusula se sujete a reglas que produzcan efectos jurídicos como:

I. Lo querido o deseado por los otorgantes sea lo que aparece escrito. Para que se produzcan los efectos jurídicos queridos o deseado debe cumplirse con los requisitos esenciales y especiales determinados para cada acto o negocio jurídico pues, cualquier alteración o cambio puede dar lugar a nulidad o anulabilidad. Será, entonces, necesario que el instrumento público contemple todos los requisitos accidentales que puedan aparecer que se consideren indispensables y omitir aquellas circunstancias o condiciones, a menos que los interesados lo soliciten, implícitas en la ley

II. Lo expresado por los otorgantes sea un fiel reflejo de su voluntad. Este aspecto se relaciona con que los Notarios deben redactar los instrumentos públicos interpretando la voluntad de los otorgantes adaptarlas a las formas y modalidades legales para su validez y eficacia. Siempre que un otorgante o ambas, entreguen las proyecciones que han de contener el instrumento público, el Notario debe analizarlas, revisarlas, rectificarlas en su redacción, a efecto de que exprese clara y concretamente las bases, acuerdos y cláusulas a que se someten; y,





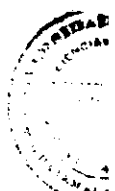
III. Lo redactado sea conforme a las disposiciones legales. Esta condición es de sumo interés e importancia porque la redacción del instrumento público debe hacerse en idioma español, empleando un estilo claro, puro, preciso y sin frases o términos oscuros, ambiguos o rimbombantes que hagan posible una inadecuada o mala interpretación. De ahí que la ley exija la participación de intérpretes en el instrumento cuando se trata de personas que no saben o no hablan el español;

3. Las bases, acuerdo y cláusulas de reserva y advertencia. Como un complemento a la declaración de voluntad de los otorgantes, el Notario está obligado a dar a conocer la existencia de derechos y obligaciones e ilustrar las formalidades posteriores a la suscripción para que el contrato alcance su valía y eficacia.

I. En cuanto a las reservas legales, se supone cuales son los objetivos y el objeto del instrumento público y en ellas debe situarse, por ejemplo, las formas de pago, intereses, gravámenes, hipotecas, derechos reales, etc.; y,

II. En cuanto a las advertencias legales, el Notario debe hacer saber en qué consisten por señalamiento de la ley o reglamentos, tales como la obligación de inscribir en los registros públicos la escritura pública y el pago de impuestos; y,

4. Las formas de interpretación o solución de conflictos. Esta parte del instrumento público ha de estar clara y concretamente redactada para que cada uno de los otorgantes sepa cómo es que se podrá interpretar el contrato y cómo solucionar los conflictos; por eso, el Notario debe ser prolijo en la redacción del contrato, siendo su objetivo evitar equivocadas



o interpretaciones diferentes e intencionadas por cada otorgante y, a la vez, diseñar la manera en que pueden solucionar las dificultades producto de ellas o de otra causa.

Al respecto es interesante aprovechar lo que dice Núñez Lagos respecto a lo que dicen o manifiestan las personas interesadas en un contrato, cuyo contenido es:

- a) *Afirmaciones. Son las que recoge el escribano en el "Dicen..." o sea participaciones de conocimiento de hechos o derechos, cualidades o situaciones jurídicas que hace la parte al Escribano para que se tenga en cuenta en la redacción del documento.*
- b) *Aseveraciones. Declaraciones de verdad, que se refieren a la existencia o inexistencia de hechos, como por ejemplo la inexistencia de hipotecas u otros gravámenes o cargas.*
- c) *Decisiones de voluntad. Son las que llama Núñez Lagos, el núcleo o médula de la escritura pública. Es cuanto formulan y crean por su mera voluntad la posición vinculada y obligatoria del antiguo confessus. Las partes quieren y disponen que el negocio formulado ante el notario, sea entre ellos plenamente declarativo y ejecutivo.*
- d) *Enunciativas. Son aquellas "frases o palabras incidentales cuyo valor hay que investigar por si implican dispo-*



sición o decisión.<sup>37</sup>

#### **Derechos y obligaciones de los otorgantes**

Indudable es que el negocio jurídico convenido formalizar por las personas interesadas ha de generar derechos y obligaciones, algunas individualmente, otras colectivas y otras recíprocas.

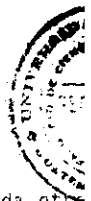
En todos esos casos el Notario debe no solo interpretar los deseos de los otorgantes en cuanto a cuáles son los derechos y las obligaciones que quieren y contraen sino también el alcance de cada uno; por ello, al momento de proceder a la redacción de estos aspectos debe prevalecer el tecnicismo profesional, por cuanto que, como parte del acto o contrato, repercute en los efectos jurídicos que producirá, a tal grado que una deficiente, incompleta y mala redacción puede producir perjuicio a uno o a ambos otorgantes.

#### **Inserciones diversas en el contrato**

En algunos negocios jurídicos existen documentación que han cruzado entre sí los otorgantes y que consideran importante incluir e insertar dentro del contrato o que forme parte del mismo y que, como tales, sean transcritos o considerados anexos en el cuerpo instrumental.

El problema de las inserciones transcritas en el instrumento público es de fe pública notarial, toda vez que la ley o los interesados, siempre mediando el criterio del Notario, ha de decidir la pertinencia de hacerlo;

<sup>37</sup> Cita de Carlos Emérito González, obra citada, página 227 y 228.



sin embargo, cuando es ordenado por la ley, al Notario no le queda otro remedio que admitirlo y aceptar la redacción que trae, pues se halla impedido de hacerle o introducirle modificaciones aclarativas o ampliaciones.

Este aspecto es contemplado en el artículo 29 numeral 9 del Código de Notariado.

**f. Cierre del contrato**

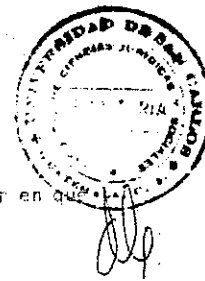
La última parte y por lo mismo no menos importante del instrumento público la constituye el cierre; en él, como se dijo, debe consignarse el consentimiento de los otorgantes y, además, la firma o su sustituto y la firma del Notario autorizante.

Respecto de la firma González, comenta que la actuación de las partes termina con la firma de la misma y que esta

*"no es la simple escritura que una persona hace de su nombre y apellidos; es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad. Regularmente la firma lleva el apellido de la familia; pero eso no es de rigor si el hábito constante de la persona no era firmar de esta manera."*<sup>38</sup>

Expresa también el citado autor que la firma, procedente del latín *firmarse*, afirmar, dar fuerza es dar firmeza y seguridad y por ello que "Es fuerza la da la persona interesada cuando de su puño y letra escribe l

<sup>38</sup> Obra citada, páginas 233 y siguientes.



representación gráfica de su nombre y apellido, en la manera peculiar en que habitualmente lo hace.<sup>39</sup>

Se trata de un signo o símbolo puesto en presencia del Notario por la persona otorgante en el instrumento público que tiene por finalidad justificar no solo su presencia en el acto notarial, sino manifestar la aceptación al mismo; una prueba del consentimiento dado y objetivación del querer y desear concluir el negocio jurídico convenido con el otro otorgante quien, a su vez, también firma para asegurar las mismas situaciones. De ahí, la imposición de la firma en el folio de hoja de protocolo notarial debe ser autógrafa, trazada por la mano del interesado, sin ayuda alguna de tercero y al final de lo que ha sido redactado y escrito, seguido de la fórmula de "Leída... y firma...", para que luego firme el Notario actuante.

Sin embargo, existe la posibilidad de que la persona interesada no pueda o no sepa escribir y menos firmar. Para eliminar la deficiencia los otorgantes pueden impresionar la huella dactilar, no digital como dice el Código de Notariado, del dedo pulgar derecho y en su defecto el que indique y quede escrito cuál se empleó; después, como requisito de validez, firmar, a ruego del imposibilitado, un testigo asistencial.

De todos estos actos el Notario debe dejar por escrito y con una redacción clara y precisa de cómo es que se produjo la firma, la impresión de huella dactilar y cualquier otra incidencia relacionada con la finalidad de dejar constancia de lo sucedido en su presencia.

Parte adicional del cierre del instrumento público, sin que forme

<sup>39</sup> Idem.

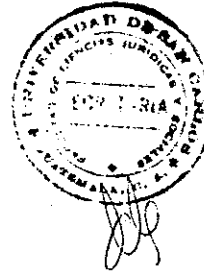


parte del mismo, son las denominadas adiciones, entrerrengionaduras  
testados.

Consisten las adiciones en las posibles declaraciones o condiciones que fueron omisas en el cuerpo del instrumento público y que se descubren al leerse el instrumento lo que da lugar a que sean escritas, previa redacción por el Notario, entre renglones y en el lugar apropiado y salvadas antes de que se firme o empleo otro sistema, pues hechas con posterioridad alteran el contenido y el sentido del instrumento, tal como establece el artículo 14 del Código de Notariado.

**E. Proyecto de contrato o minuta**

Cualesquiera de las personas interesadas, en lo individual o colectivamente, pueden presentarle al Notario un proyecto de contrato o minuta que contenga lo que quieren o desean formalice por medio de un instrumento público. Como se explicó, la actividad es permisible y no se encuentra prohibida por la ley; lo único que debe hacer el notario es estudiar el proyecto y convertirlo, de ser necesario, en un proyecto que sea reflejo de lo que la ley establece para el tipo de contratación referida y, hasta incluso, desecharlo totalmente y redactarlo convenientemente.



## CAPITULO CUATRO

### Honorarios y gastos ocasionados por el contrato

#### Honorarios profesionales

La labor desarrollada por el Notario en la redacción del contrato obliga a que las personas interesadas en él le paguen honorarios. Estos se llaman clasificados, por la importancia del contrato, en el artículo 109 del Código de Notariado y se estipulan como sigue:

- a. Por autorizar una escritura de valor indeterminado de Q.200. a Q.1000.00, según su importancia;
- b. Por autorizar una escritura de valor determinado:
  1. Hasta Q.5,000.00, Q.300.00 de base más el 10% sobre el valor del contrato;
  2. De Q.5,000.01 a Q.25,000.00, Q.400.00 de base más el 8% del valor del contrato;
  3. De Q.25,000.01 a Q.50,000.00, Q.450.00 de base más el 6% del valor del contrato;
  4. De Q.50,000.01 a Q.100,000.00, Q.500.00 de base más el 4% del valor del contrato;
  5. De Q.100,000.01 a Q.1.000.000.00, Q.500.00 de base más el 3% del valor del contrato; y,

| } ~~\_\_\_\_\_~~ 



6. De Q.1.000,000.01 en adelante, Q.500.00 de base más el 2% sobre el valor del contrato;

c. Por escritura cancelada, la mitad de los honorarios que correspondería si la hubiera autorizado;

d. Por escritura de sociedad, de conformidad con la importancia del contrato social, calculado sobre el monto del capital autorizado, según lo resulte más favorable;

e. Por redacción de una minuta, la mitad de los honorarios que corresponden a los incisos 1 y 2 del artículo y si fuera vertida e escritura pública, los honorarios fijados; y,

f. Por consultas relacionadas con actos o contratos, de Q.100.0 a Q.1,000.00, según la importancia del negocio, extensión y dificultad de la consulta.

#### **B. Honorarios registrales**

En los registros de la propiedad donde han de registrarse las escrituras públicas autorizadas por el Notario y por obligación legal, los registros cobrarán los siguiente:

a. Por contratos de valor determinado Q.40.00 como base, mas Q.1.50 por cada millar o fracción;

b. Por contrato de valor determinado que necesite de inscripción de varios bienes, Q.40.00 por el primero y Q.30.00 por los adicionales; y

c. Por contrato o documento de valor indeterminado:

1. Por la prórroga del plazo, la mitad de los honorarios de





originales;

2. Por modificación del gravamen y garantía, la cuarta parte de los honorarios originales;

3. Por cancelaciones de gravámenes de cualquier naturaleza y cancelación de prórrogas de plazo, la cuarta parte de los honorarios originales; si los honorarios fueron menores de Q.50.00 cobrará este valor y Q.25.00 por las posteriores;

4. Por limitaciones o modificaciones a derechos reales de dominio, Q.50.00;

5. Por cambio de razones sociales o denominación, Q.50.00;

6. Por cancelación de limitaciones o derechos reales o rescisión de contratos, la cuarta parte de los honorarios originales;

7. Por anotación de testamento, Q.50.00;

8. Por inscripción de capitulaciones matrimoniales, adjudicación de bienes por liquidación del patrimonio conyugal o gananciales, conforme al valor de los bienes de la última inscripción, de matrícula fiscal o lista de bienes muebles del Ministerio de Finanzas Públicas;

9. Por sustitución de garantía, los honorarios correspondientes según el valor del contrato;

10. Por hipotecas, el monto que cause el gravamen;

11. Por anotación preventiva Q.50.00 la primera y si fueren varias, Q.20.00 por las demás;

12. Por inscripción del régimen de propiedad horizontal, lo que corresponde a la finca matriz y a cada inscripción según sus valores;

13. Por inscripción de finca nueva, de acuerdo a su extensión;



- 14. Por inscripción de unificación de finca, Q.100.00 de base más Q.50.00 por la cancelación de la finca unificada;
- 15. Por razones de contratos inscritos anteriormente, Q.40.00 por cada anotación, inscripción o cancelación;
- 16. Por rechazo de documentos, Q.15.00; y,
- 17. Por inscripción de buques, naves, aeronaves, muelles, canales, minas, ferrocarriles, tranvías, metro, maquinaria agrícola o industrial, ingenios, desmotadoras, beneficios, unidades económicas y oleoductos, según el valor determinado o indeterminado que tengan.

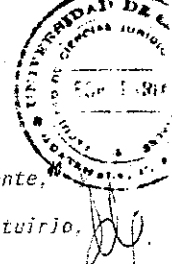
**C. Establecimiento de la cobertura de honorarios**

Los honorarios profesionales que ha de pagarse al Notario por su actuación en la formalización y autorización de un contrato ha de hacerse de dos maneras:

- a. Que un de los otorgantes cubra la totalidad del valor correspondiente; y,
- b. Que los otorgantes pacten el pago por partes iguales.

**D. Testimonio del contrato**

*"Testimonio, dice el artículo 66 del Código de Notariado, es la copia fiel de la escritura matriz, de la razón de autentica o legalización, o del*



a de protocolación, extendida en el papel sellado correspondiente, dada y firmada por el notario autorizante o por el que deba substituirlo, conformidad con la presente ley."

El notario que ha autorizado un contrato, sea cual sea su valor, terminado o indeterminado, naturaleza o contenido, se encuentra obligado a extender testimonio del mismo a quien lo solicite, con las excepciones respecto a los testamentos y donaciones por causa de muerte cuando el argante se halle vivo, para los efectos de la inscripción registral y Archivo General de Protocolos.

Como requisitos del testimonio, sea la clase que sea, deberá impulsarse por el Notario el contenido completo de la escritura pública a que se refiere o bien mediante el sistema de copias impresas completadas con escritura a máquina o manuscrita, fotostáticas o fotográficas, asentando al final la razón final y colocando los timbres respectivos, debiendo emitir un duplicado cuando se haya de inscribir en un registro público. Todas las copias del testimonio así expedido serán selladas y firmadas por el Notario (artículos 67, 69, 70 del Código de Notariado).

El costo del testimonio, conforme al artículo 109, numeral 6, del Código de Notariado es de:

- a. Q.50.00 cuando el contrato es del mismo año en que se pide; y,
- b. Q.75.00 cuando se trata de años anteriores.


<sup>40</sup> La expedición ha de hacerse en papel bond, al haber sido eliminado el papel sellado por la ley del Impuesto de Timbres Fiscales y Papel sellado especial para Protocolos.



## CONCLUSIONES

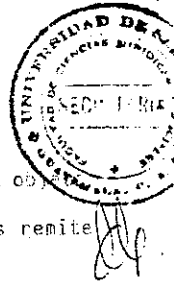
- 1ª Los hechos que las personas interesadas proponen y aceptan forman el negocio jurídico, planificando una figura, contorno o perfil que es posible hacer realidad por medio del instrumento público elaborado y redactado por un Notario.
- 2ª Los negocios jurídicos requieren para su validez al elemento personal que manifiesta su voluntad sin vicio alguno y el material constituido por las solemnidades que concurren en su formalización en el instrumento público.
- 3ª El contrato no nace por espontánea generación sino es el resultado del querer o desear de las personas en dar, hacer o no hacer algo o en crear, modificar o extinguir alguna obligación.
- 4ª Las fases del negocio jurídico, indispensables para que surta los efectos jurídicos y configure una relación jurídica son la propuesta u oferta del negocio procedente de una de las partes y la aceptación por otra.
- 5ª Todo negocio jurídico para que sea válido y eficaz debe ser autorizado por Notario hábil con la finalidad de que produzca la relación jurídica propuesta y aceptada, los efectos jurídicos queridos y deseados por los intervinientes.
- 6ª Los hechos que fundamentan el negocio jurídico son de dos clases: un





Interviene en un instrumento público es insuficiente como se encuentra redactada la norma del artículo 29 del Código de Notariado, pues es importante que el notario requiera no solo los datos personales del compareciente sino también si existe algún otro extremo que clarifique plenamente su identidad.

- 132 Existe insuficiencia en la participación del interprete cuando la persona otorgante en un instrumento público ignora o no conoce el idioma español, por cuanto que este no es el único problema de comunicación que puede producirse en la formación del instrumento, tal como puede ser el caso de persona que no pudiendo expresarse de palabra o escrito puede hacerlo por medio de la mimica que es posible interpretar y, de esa manera, no impedir que pueda otorgar contratos.
- 142 En la redacción del contrato el Notario debe insertar de manera fiel, precisa y clara las intenciones de los otorgantes y no dejar resquicios que den ocasión o motivo a dudas, imprecisiones, inconvenientes o impedimentos productores de afección a los otorgantes y perjuicio a los efectos jurídicos perseguidos.
- 152 El Notario al autorizar un contrato debe ser cuidadoso al recibir la narración de los hechos por los otorgantes y verificar que no sea alterada o afectada la manifestación de voluntad con una redacción inadecuada o ambigua que produzca daño o perjuicio a los intereses de los contratantes.
- 162 El Notario que autoriza un contrato debe reclamar y exigir a los otorgantes la comprobación de los hechos y el derecho pretendidos y en los que funda el negocio jurídico querido o deseado formalizar,



debiendo estar satisfecho en cuanto a la descripción de la cosa objeto del contrato y las condiciones o clausulaciones a las cuales remite la negociación.

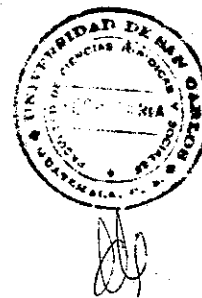
- 2 El Notario al autoriza un contrato no debe solo concentrarse en fórmulas preestablecidas al momento de redactarlo sino sumergirse en las intenciones de los otorgantes y darles a cada una el sentido claro y preciso que solamente una buena gramática, ortografía, sintaxis y redacción pueden introducirle seguridad, eficacia y validez.



#### RECOMENDACIONES

- 1a Debe revisarse el artículo 29 del Código de Notariado para superar la deficiencia relacionada con la identificación de la persona que comparece a otorgar un instrumento público ante Notario.
- 2a Debe revisarse el artículo 29 del Código de Notariado para superar la condición de que es indispensable la participación de intérprete no solo para los casos del otorgante que no conoce o no saber el idioma español, pueda intervenir en otro tipo de imposibilitante.
- 3a Debe revisarse y, en su caso, emitirse por el Congreso de la República un nuevo Código de Notariado que contemple toda las fases y gamas de posibles situaciones de naturaleza notarial.





## BIBLIOGRAFÍA

### TEXTOS Y DICCIONARIO

ALTERINI, Atilio A., Cómo redactar un contrato, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991

ALVAREZ JARAMILLO, Sergio Ramón, El elemento formal del instrumento público, tesis de graduación, Editorial del Ministerio de Educación Pública "José de Pineda Ibarra", Guatemala, 1960

BASULTO, Hilda, Curso de redacción dinámica, 14ª Reimpresión, Editorial Trillas, México, 1988

CARNELUTTI, Francisco, Teoría general del derecho, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941

CARRAL Y DE TERESA, Luis, Derecho notarial y derecho registral, 3ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1976

CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho civil español, común y foral, 9ª Edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1958

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 21ª Edición, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1992

ESCOBAR DÍAZ, Hermenegildo Dionicio, Los contratos traslativos de dominio y su facciónamiento notarial, tesis de graduación, s/pie de imprenta, Guatemala, 1976

GIMENEZ-ARNAU, Enrique, Introducción al derecho notarial, Editorial

Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944

GIMENEZ-ARNAU, Enrique, Instituciones de derecho notarial, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1948

GIRON, J. Eduardo, El notario práctico o tratado de notaria, 4ª Edición, Tipografía Nacional, Guatemala, 1932

GONZÁLEZ, Carlos Emérito, Teoría general del instrumento público, Ediar, S.A., Editores, Buenos Aires, 1953

MUÑOZ, Nery Roberto, Introducción al estudio del derecho notarial, 3ª Edición, Ediciones Calendarios de Centroamérica, Guatemala, 1992

MUÑOZ, Nery Roberto, El instrumento público y el documento notarial, s/pie de imprenta, Guatemala, 1993

MÚÑEZ LAGOS, Rafael, Hechos y derechos en el documento público, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1950

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Derecho notarial, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981

SANAHUJA y SOLER, José María, Tratado de derecho notarial, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1945

#### LEGISLACIÓN

Arancel General para los Registros de la Propiedad

Código Civil

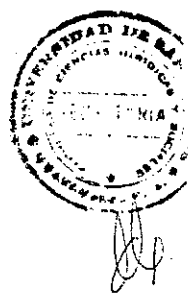
Código de Notariado

Código de Comercio

Código Penal

Código Procesal Civil y Mercantil





Constitución Política de la República de Guatemala

Ley de Cédula de Vecindad

Ley del Titulación Supletoria

Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y Papel Sellado especial para

**Protocolos**

Ley del Organismo Judicial

Reglamento General del Registro de la Propiedad

