

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**EL PRINCIPIO NOTARIAL DE UNIDAD DE ACTO EN EL CONTRATO DE MUTUO
BANCARIO**

JUAN FERNANDO CASASOLA RECINOS



GUATEMALA, MARZO DE 2006

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**EL PRINCIPIO NOTARIAL DE UNIDAD DE ACTO EN EL CONTRATO DE MUTUO
BANCARIO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JUAN FERNANDO CASASOLA RECINOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo de 2006

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

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. Cesar Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Jorge Emilio Moralez Quezada
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdéz López
SECRETARIO: Lic. Avidan Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRÁCTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Saulo De León Estrada.
Vocal: Lic. Héctor David España Pinetta
Secretario: Licda: Benicia Contreras Calderón.

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Maria Menchu Ulin
Vocal: Lic. Víctor Manuel Castro
Secretario: Lic. Héctor Orozco

RAZON: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43. del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Lic. Ruth Emilza Alvarado España
Abogada y Notaria
Col. 6140

8va. Av. 12-29 Zona 1 Teléfono. 53929036

Guatemala 19 de Agosto de 2005



Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Respetable Señor decano:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que en cumplimiento de la resolución emitida por su despacho con fecha tres de Febrero del dos mil cinco, procedí a asesorar el trabajo de tesis del Bachiller: Juan Fernando Casasola Recinos, intitulado "EL PRINCIPIO NOTARIAL DE UNIDAD DE ACTO EN EL CONTRATO DE MUTUO BANCARIO".

Para el efecto me permito manifestar que el sustentante realizó las investigaciones adecuadas en relación al caso, aceptando mis sugerencias por lo cual me permito emitir el presente Dictamen Favorable, para el examen público respectivo, puesto que llena los requisitos exigidos.

Sin otro particular me suscribo del Señor Decano, con muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente,

Lic. Ruth Emilza Alvarado España

Colegida 6140

Ruth Emilza Alvarado España
ABOGADA Y NOTARIA



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, seis de septiembre del año dos mil cinco.-----

Atentamente, pase al LIC. WILLIAM FREDY MARTÍNEZ MOLINA, para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis del estudiante JUAN FERNANDO CASASOLA RECINOS, Intitulado: "EL PRINCIPIO NOTARIAL DE UNIDAD DE ACTO EN EL CONTRATO DE MUTUO BANCARIO" y, en su oportunidad emita el dictamen correspondiente.-

~~MIAE:slh~~



Lic. William Freddy Martínez Molina
Abogado y Notario
Col. 3737

Av. Reforma 2-18 Zona 9 Ed. Cortijo Reforma Of. 5 2do nivel Teléfono 52053480

Guatemala 30 de Septiembre de 2005



Señor Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho

Estimado Señor Decano:

De la manera más cordial y atenta me dirijo a usted deseándole éxitos en sus labores, de conformidad con la resolución emitida por ese decanato de fecha seis de Septiembre de dos mil cinco, procedí a revisar el trabajo de tesis del Bachiller Juan Fernando Casasola Recinos, intitulado "EL PRINCIPIO NOTARIAL DE UNIDAD DE ACTO EN EL CONTRATO DE MUTUO BANCARIO".

Para el efecto me permito manifestar que el sustentate realizó un trabajo adecuado a las exigencias de dicho trabajo y de la temática desarrollada, por lo que me permito emitir DICTAMEN FAVORABLE, para que se realice el respectivo examen público.

Sin otro particular, me suscribo de usted, con muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente

Lic. William Freddy Martínez Molina

Col. 3737

Lic. WILLIAM FREDY MARTINEZ MOLINA
ABOGADO Y NOTARIO



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES.** Guatemala, veintiocho de febrero de dos mil seis.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de el estudiante **JUAN FERNANDO CASASOLA RECINOS**, titulado **EL PRINCIPIO NOTARIAL DE UNIDAD DE ACTO EN EL CONTRATO DE MUTUO BANCARIO**, Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-


MIAE/slh





DEDICATORIA

- A DIOS: Por haberme permitido alcanzar este objetivo
- A MI PADRE: Otilio Bladimir Casasola Vanegas, por sus inolvidables consejos y enseñanzas.
- A MI MADRE: Cándida Ilusión Recinos Casasola de Casasola, por ser una madre ejemplar en todo momento.
- A MIS ABUELITOS: Joaquín Gonzalo Casasola Solís (QEPD)
Zoila Ana Vanegas de Casasola (QEPD)
José Neptalí Recinos Portillo (QEPD)
Zoila Rosa Casasola de Recinos, por su ternura constante y grato recuerdo.
- A MIS HERMANOS: Pablo José y Carlos Francisco Casasola Recinos, por su cariño, confianza siempre.
- A MIS TIOS: Por ser nuestro ejemplo a seguir con cariño
- A MIS TIAS: Por sus múltiples muestras de apoyo y cariño, en todo momento.
- A MIS PRIMOS: Por su constante apoyo y muestras de aprecio durante el transcurso de mi carrera.
- A MIS AMIGOS: Por que fueron incondicionales en todo momento.

A MIS COMPAÑEROS: Por compartir conmigo el deseo de superarme y poder ser mejor cada día.

A LOS ABOGADOS: Ruth Emilza Alvarado España, William Fredy Martínez Molina para seguir su ejemplo de profesionalismo

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales cuna de profesionales para un mejor futuro de nuestra patria Guatemala.

ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho notarial.....	1
1.1 Definición.....	1
1.2 Objeto y contenido.....	1
1.3 Características.....	3
1.4 Principios.....	4
1.5 Fuentes del derecho notarial.....	13

CAPÍTULO II

2. El Notario y su función.....	14
2.1 Definición de notario.....	14
2.2 La función notarial	15
2.2.1 En el derecho positivo.....	17
2.2.2 En la doctrina.....	17
2.3 Encuadramiento de la actividad del notario.....	18
2.4 Funciones que desarrolla el notario.....	19
2.5 Finalidades de la función notarial.....	21
2.5.1 Seguridad.....	21
2.5.2 Valor.....	21
2.5.3 Permanencia.....	21

CAPÍTULO III

3. El Instrumento público.....	23
3.1 Evolución histórica del instrumento.....	23

3.2	Concepto.....	25
3.3	Fines del instrumento público.....	27
3.4	Características.....	27
3.5	Valor jurídico del instrumento público.....	31
	3.5.1 Valor y efectos sustantivos.....	31
	3.5.2 Efectos ejecutivos.....	32
	3.5.3 Efectos probatorios	33
3.6	Clases de instrumento público.....	34
	3.6.1 Documentos originales o matrices.....	35
	3.6.2 Traslados o extractos.....	36
3.7	El Instrumento público en la legislación guatemalteca.....	38

CAPÍTULO IV

4.	El protocolo notarial.....	40
4.1	Antecedentes.....	40
4.2	Etimología.....	42
4.3	Definición doctrinaria.....	43
4.4	Definición legal.....	45
	4.4.1 Apertura.....	45
	4.4.2 Contenido.....	46
	4.4.3 Formalidades.....	46
	4.4.4 Cierre.....	47
	4.4.5 Índice.....	47
	4.4.6 Atestados.....	48
	4.4.7 Empastado.....	48
	4.4.8 Deposito.....	48
4.5	Finalidad del protocolo.....	50

CAPÍTULO V

5.	Negocio jurídico.....	52
5.1	Generalidades y definición del contrato	52
5.2	Evolución histórica.....	53
5.3	Principios de la contratación.....	55
5.4	Elementos del negocio jurídico contractual.....	56
5.5	Clasificación del negocio jurídico contractual.....	58
5.6	Contrato de mutuo bancario en particular.....	61
5.6.1	Naturaleza jurídica.....	64
5.6.2	Características.....	64
5.6.3	Elementos.....	64
5.6.4	Requisitos.....	65
5.6.5	Efectos.....	65
	CONCLUSIONES.....	66
	RECOMENDACIONES.....	67
	BIBLIOGRAFIA.....	68

INTRODUCCIÓN

La investigación, presenta “El principio notarial de unidad de acto en el contrato de mutuo bancario” va dirigida a todo estudiante y profesional del derecho vinculados con el contrato de mutuo bancario y sus respectivos usos. Se conoce como contrato de mutuo aquel por el cual una persona entrega a otra dinero u otras cosas fungibles con el cargo de que se le devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad.

Se justifica la investigación atendiendo al conjunto de principios que integran al derecho notarial, que han hecho de dicha disciplina una ciencia jurídica. Es conveniente señalar la importancia que contiene el denominado principio de unidad del acto en el negocio jurídico que se lleva a cabo entre el particular y una institución bancaria al momento de celebrar un contrato, y observar el cumplimiento de dicho principio ya que este se basa en que el instrumento público debe perfeccionarse en un solo acto.

La hipótesis plantea que en el contrato de mutuo celebrado entre un particular y una institución bancaria en la mayoría de los casos se da el rompimiento del principio de unidad de acto.

La investigación se fundamenta en los principios del derecho notarial específicamente en lo relacionado con el de unidad de acto en el contrato de mutuo bancario y revisión bibliográfica con relación jurídica que aporta ideas para la aplicación correcta de este principio notarial haciendo uso los métodos analítico y deductivo.

El objetivo primordial es estudiar el principio de unidad de acto en el contrato de mutuo bancario, y la importancia que los estudiantes, profesionales e instituciones que tengan relación con el tema, cumplan con este principio.

En la medida que se le brinde atención a los principios que gobiernen y dirijan tal actividad, en igual medida se lograra la normal realización del derecho, que constituye una de las características de esta rama jurídica, y mientras que la indiferencia ante los mismos, será generador del detrimento de la noble misión que desempeña el notario.

El contenido se presentan en cinco capítulos, en el capítulo uno contiene aspectos generales del derecho notarial, el capítulo dos la función notarial; el en capítulo tres instrumento público; el en el capítulo cuatro el protocolo notarial; y por ultimo los contratos, dando una visión general para poder enfocar el tema principal haciendo énfasis al contrato de mutuo bancario en particular que es parte fundamental en este estudio, presentándose a final las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

1- Derecho Notarial.

1.1 Definición.

Para Gimenez el derecho notarial es: “El conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento publico” ¹

Para Salas el derecho notarial es: “El conjunto de doctrinas y normas jurídicas que regulan la organización del notariado y la teoría formal del instrumento público”²

En el tercer Congreso Internacional del Notariado latino, celebrado en Paris, Francia en 1954, se concluyo que: “Es el conjunto de disposiciones legislativas y reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial”.

1.2 Objeto y Contenido

El objeto del derecho notarial es la creación del instrumento público; y el contenido es la actividad del notario y de las partes en la creación de un instrumento público. No puede ser de otra forma, ya que el objeto de la existencia del derecho notarial es la autorización del instrumento publico, y este no podría elaborarse sin la existencia de un notario que lo redacta y autoriza cuando las partes requieran su intervención de este modo el notario es quien crea el instrumento público a través de la fe pública que le otorga el Estado al notario.

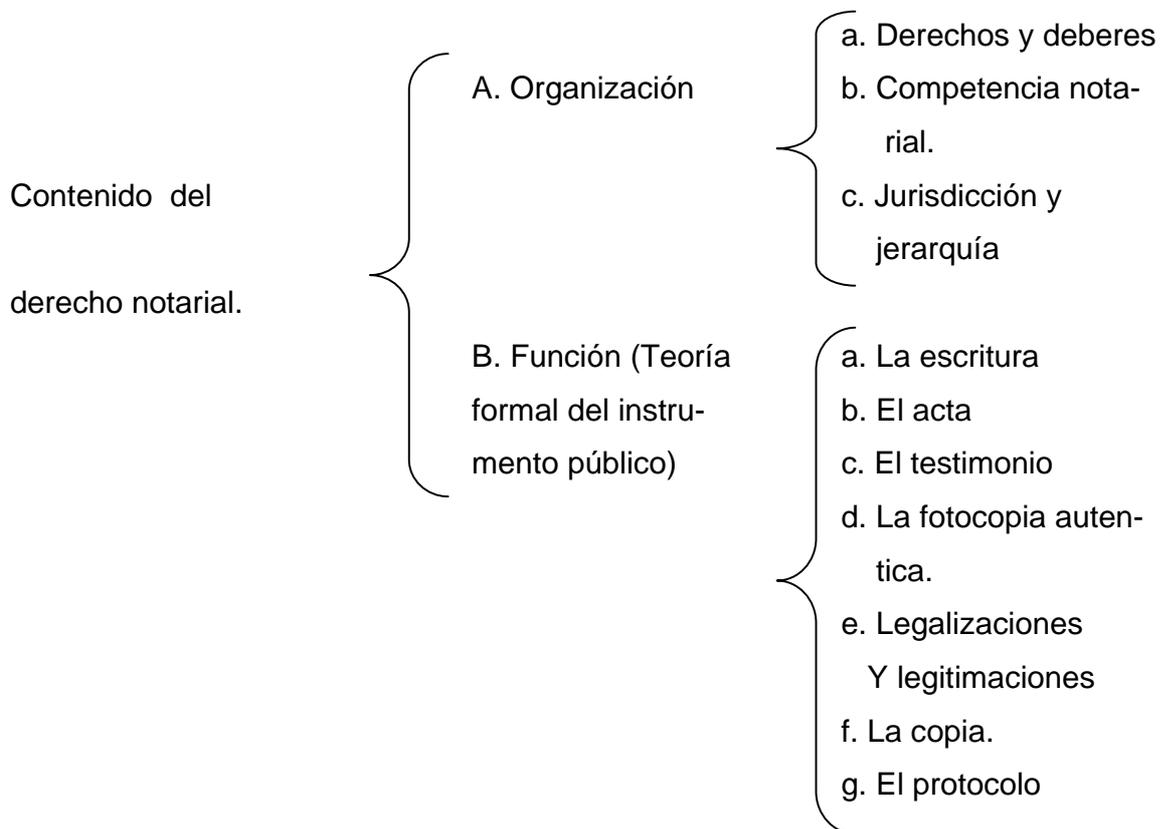
¹ Gimenez Arnau, **Derecho notarial**, Pág.30

² Salas, Óscar, **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**, Pág.15

En el segundo congreso internacional del notario latino (Madrid, 1950) concluyo que el derecho notarial esta constituido por el complejo de normas legislativa de uso, decisiones jurisprudenciales y estudios doctrinales sobre la función notarial y sobre el documento autentico.

El contenido del derecho notarial se divide en dos ramas:

- a. Organización notarial.
- b. Función notarial.



1.3 Características.

El autor Salas, expone que algunas de las características más importantes del derecho Notarial son: "

- a. Actúa dentro de la llamada fase normal del derecho, donde no existe derechos subjetivos en conflictos.
- b. Confiere certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos solemnizados en el instrumento público.
- c. Aplica el derecho objetivo condicionado a las declaraciones de voluntad y la ocurrencia de ciertos hechos de modo que se creen, concreten o robustezca los derechos subjetivos.
- d. Es un derecho cuya naturaleza jurídica no puede encasillarse en la tradicional división entre el derecho público y el derecho privado, se relaciona con el primero en cuanto los notarios son depositarios de la función pública de fedación, y con el derecho privado por que esa función se ejerce en la esfera de los derechos subjetivos de los particulares y por que el notario latino típico es un profesional libre, designado totalmente de la burocracia estatal.³

La certeza y la seguridad jurídica que el notario confiere a los hechos y a los actos que autoriza son derivadas de la fe pública que ostenta.

La aplicación del derecho objetivo es necesaria, pero debe ir concatenada a una declaración de voluntad y a la ocurrencia del hecho para concretar un derecho subjetivo. En el Código Civil, esta regulado el contrato de mutuo en el artículo 1942 y dice: Por el contrato de mutuo una persona entrega a otro dinero u otras cosas fungibles, con el Cargo de que se le devuelva igual cantidad de la misma especie y

³ **Ibíd.**, Pág. 15.

Calidad. La anterior es una norma, que esta en nuestra legislación, y es derecho objetivo.

La declaración de voluntad, consiste en que una persona tiene interés en prestar dinero u otras cosas fungibles y otra persona necesita que se le preste cierta cantidad de dinero, la ocurrencia del hecho; y para concretarlo necesitan en instrumento en que se haga constar y de un notario que lo autorice.

La naturaleza jurídica del derecho notarial, que doctrinariamente no se coloca dentro del derecho público, ni dentro del derecho privado, por tal razón algunos autores, le han dado autonomía y dice que es un derecho autónomo. En Guatemala, se considera que es más derecho público. La base es que, el derecho por definición tiene una función colectiva, como lo indica Osorio,⁴ al decir que en el derecho público las facultades deben estar establecidas expresamente. Por lo tanto la actuación de los particulares entre si, es de derecho privado.

1.4 Principios.

Son lineamientos que se deben seguir en este caso cuando el notario realiza su función notarial y que debe respetar cuando aplica el derecho notarial a un caso concreto en que los particulares solicitan los servicios profesionales del notario para autorizar un acto o un contrato en que tienen interés que se autorice.

Argentino,⁵ al hablar de los principios estamos ante un campo inexplorado y que en materia de principios aún no se ha formulado expresamente todo, expresa que entre los principios propios que han adquirido jerarquía, están:

⁴ Osorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 239

⁵ Neri Argentino. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. Vol. I Pág. 366

1. Fe pública
2. Forma
3. Autenticación
4. Inmediación
5. Rogación
6. Consentimiento
7. Unidad del acto
8. Protocolo
9. Seguridad jurídica
10. Publicidad

Fe publica: La fe pública es un principio del derecho notarial, en su obra el autor Neri Argentino, dice: “En definitiva: puede preceptivamente afirma que la fe pública: es un principio real de derecho notarial, puesto que viene a ser como una patente de crédito que se necesita forzosamente para que la instrumentación pública sea respetada y tenida por cierta, se traduce por una realidad evidente”.⁶

En Guatemala, la fe pública no se estudia como principio, sin embargo el código de Notariado indica en el Artículo. 1, 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”. Por lo tanto es un atributo del Notario

La fe pública es la busca de veracidad en los actos autorizados en nuestro caso por un notario, los cuales tienen un respaldo total, salvo que prospere la impugnación por nulidad o falsedad.

Forma: Es la adecuación del acto a la forma jurídica, el derecho notarial la preceptúa la forma en que debemos plasmar en el instrumento público.

⁶ **Ibíd**, Vol. I Pág. 376.

En el derecho notarial, como en el derecho procesal ambas contienen normas consecutivas de requisitos; por ejemplo el código procesal penal en el Artículo. 302, establece los requisitos que deben cumplirse para elaborar una querrela; así también lo hace el Código Procesal Civil y Mercantil, en el Artículo. 61, el Código de Notariado en el Artículo. 29 nos enumera los requisitos para redactar un instrumento público ya que los que estos deben contener.

Autenticación: Principio del derecho notarial, que da fe de los actos y hechos que realiza pero, para que revista este carácter el hecho a acto productor de derechos debe ser visto y oído, esto es, percibido sensorialmente y por tanto, consignado, comprobado y declarado por un funcionario público investido de autoridad, y de facultad autenticadora”.⁷

La forma de establecer que un hecho o acto ha sido comprobado y declarado por un Notario, es por que aparece su firma y sello en el documento jurídico ambos en el caso de la legislación Guatemalteca, deben registrarse en la Corte Suprema de Justicia, siendo este un requisito exigido por la ley (Artículo 2 numeral 3 Código de notariado). Así mismo entre las prohibiciones reguladas en la misma ley esta la del uso de una firma y sello no registradas previamente (Artículo 77 Numeral 5 Código de Notariado).

Inmediación: Con respecto a este principio, Neri dice: “La función Notarial demanda un contacto entre el notario y las partes, y un acercamiento de ambos hacia el instrumento públicos⁸

El notario siempre debe estar en contacto con las partes y con los hechos así como los actos que se producen dando fe de ello. Este principio no implica que sea el notario el que escriba el documento o sea el autor material, ya que para ello puede

⁷ Navarro Azpeitia. **Actas de notoriedad**. Pág. 57

⁸ Neri, **Ob. Cit** ; Vol.. I Pag. 378

Tener un escribante o auxiliarse de cualquier medio moderno para hacerlo: implica eso si recibir la voluntad y el consentimiento de las partes.

Rogación: La intervención del notario en un caso jurídico siempre debe ser solicitada, no puede actuar por si mismo o de oficio. El Artículo. 1 del código de notariado dice: 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.

Consentimiento: El consentimiento es un requisito esencial y debe estar libre de vicios, si no hay consentimiento no puede haber autorización notarial. La ratificación y aceptación, que queda plasmada mediante la firma del o los otorgantes, expresa el consentimiento (Artículo 29, numeral 10 y 12 Código de Notariado).

Unidad de acto: Este principio se basa en que el instrumento público debe perfeccionarse en un solo acto. Por tal circunstancia lleva una fecha determinada, y no es lógico ni legal que sea firmado un día por uno de los otorgantes y otro día por el otro debe existir unidad del acto. Algunos instrumentos como el testamento y la donación por causa de muerte, llevan hora de inicio y finalización.

El otorgamiento como acto único: Si en la realización del acto y la autorización del documento notarial fueran un hecho simple, no cabria discutir sobre unidad de acto, por que una cosa indivisible no puede dividirse en diversos momentos o en etapas diferentes: no admite soluciones de continuidad en su nacimiento. La unidad de acto, o se produce como una unidad, o no puede producirse, por que la interrupción es incompatible lógicamente con esa indivisible unidad.

Pero el proceso de elaboración de la escritura pública está integrado por varios hechos sucesivos, quizá por que es el otorgamiento momento fundamental en que

Manifiesta de manera expresa y solemne la voluntad de los contratantes, en todo caso no cabe duda que el otorgamiento, en sentido estricto, aunque sea una sección o parte de la escritura, es un hecho, uno de los varios hechos que integran el conjunto instrumental.

Núñez Lagos dice: “Que da lo mismo que se diga que el otorgamiento contiene un hecho o que contiene varios. Por que si un hecho único (sistema de unidad de acto) habrá que reconocer que es un hecho complejo, compuesto por varios hecho sucesivos o continuados y añade que la unidad de acto sea objetiva y concreta en unidad de texto consentido, que implica una unidad de texto documental (integridad) y de unidad de consentimiento”.

El instrumento público tiene un principio y un final: el consentimiento cubre el texto sin lagunas, palabra a palabra (lectura íntegra) desde ese principio hasta el final, los viejos actos formales y verbales del derecho romano lograban su autonomía por el mecanismo técnico de la unidad de acto. En los instrumentos notariales modernos la unidad del acto se ha transformado en la unidad de contexto, podrá haber escrituras sin que exija formalmente la unidad de acto como se exige en el testamento, que era y en muchas legislaciones sigue siendo, acto oral. Pero no existe ni una sola escritura en que no exija la unidad de texto y de consentimiento.

Para el autor Gonzáles Palomino el concepto de unidad de acto es esencial para comprender el instrumento público. Se exige este requisito no en cuanto al documento notarial, sino en cuanto al documento. Hay que distinguir, entre unidad de negocio y unidad documental. El negocio puede fraccionarse en varios documentos (contratos por correspondencia) pero cada documento es uno por que no hay documento hasta que se otorga y firma. Así entendida la unidad de acto, parece un imperativo físico y resulta un concepto del que no hay derivaciones jurídicas.

Evolución histórica del concepto: La unidad de acto se ha reservado históricamente para las formas más solemnes. Así nace para los testamentos en el derecho romano, por consecuencia de carácter público las primitivas formas de testar, especialmente el testamento in calitis comitis. Comprende la unidad de acto una triple: de asunto, de tiempo, y de lugar.

Sostiene Emerito Gonzáles, que la unidad de acto en el derecho romano es a la vez unidad de espacio y tiempo. El negocio tiene que realizarse sin interrupciones: de una sola vez. No se admiten negocios jurídicos entre ausentes, ni apéndices o añadidos al negocio mismo, ni modificaciones ulteriores, como en contrapocisión en nuestros días en que las escrituras públicas que facciona el notario pueden sufrir modificaciones por que las partes así lo solicitan o por que a la misma se le ha omitido agregar alguna cláusula importante para las partes interesadas, que es llamada ampliación de escritura publica. El arraigado formulismo del viejo derecho romano, sigue mencionando el autor, lo exigía así. En el mancipatio, el comprador y vendedor, en presencia de los cinco testigos y el emptor familiae procedía al ritual de pesar el metal que servía de precio.

En la estipulación se requería la pregunta del acreedor y, sin interrupción la respuesta del deudor, en el derecho Justiniano la unidad de acto se conserva para el testamento que hacia un contexto con la concurrencia simultanea de los testigos y del testador.

En España el fuero real, recoge el requisito de la unidad de acto, por que exige que se haga lectura ante todos los otorgantes y testigos, y que siga el otorgamiento y la firma. Aunque el otorgamiento de Alcalá dispuso (para los testamentos) que con el escribano público deben ser presentes a lo ver y otorgar tres testigos a lo menos.

En el código francés se limito a exigir la unidad de acto en el testamento cerrado o místico y en el italiano siguió sus huellas, pues tampoco para el abierto hace falta y, en cambio, se requiere en el llamado testamento secreto.

En el código español, separándose de sus modelos (francés e italiano) volvió a puro criterio romano e impulso la unidad de acto, también para el testamento abierto.

Los otorgamientos sucesivos: La interpretación rigurosa del requisito de la unidad de acto lleva como consecuencia que cuando no es posible cumplir esa condición y la escritura se divide en dos o más. Comparecen los otorgantes no *uno actu* y simultáneamente sino en varias escritura y cada una de ellas con distinto otorgante. Esta ruptura de la unidad obliga, de acuerdo con las normas reglamentarias, a recurrir a las escrituras de adhesión en que hay dos o más otorgamientos sucesivos.

Para Calvo Soriano dice: “Que el otorgamiento sucesivo implica la escritura sustantiva y formal propia de la adhesión que se caracteriza por la nota esencial de que el contenido contractual es obra exclusiva de una parte. Presupone la admisión sustantiva o civil de que un negocio completo en su consideración abstracta puede descomponerse en una pluralidad de actos separados temporalmente”.

Para Emerito González, “La contraposición entre unidad de acto y otorgamiento sucesivo no aparece con claridad, por que se trata mas bien de dos actos distintos, celebrados posiblemente en lugares distintos y sin tiempo fijo entre uno u otros. Actos unilaterales que una vez concatenados, formarán un bilateral perfecto. El concepto de unidad de acto ha de referirse a un acto único y no a la unión de actos separados”.

Teorías que atenúan el rigor de la unidad de acto: Para López Palop nos dice: sobre la extensión o requisitos de la unidad de acto que, en su parecer comprende tanto el otorgamiento como la autorización, por que exige:

- a. Presencia del notario autorizante
- b. Presencia de los otorgantes.
- c. Presencia de los testigos, cuando sean precisos.

- d. Lectura del documento.
- e. Manifestación de los otorgantes de que están conformes con el contenido del documento que se acaba de leer.
- f. Firma de los otorgantes y de los testigos.
- g. Signo, firma y sello del notario autorizante.

Como tema principal de nuestro estudio que se refiere a el principio notarial de unidad de acto en el contrato de mutuo bancario: considero que es muy acertada la opinión de el autor López Palop, ya que en el inciso “f” nos menciona firma de los otorgantes y esto es precisamente lo que nosotros buscamos cuando se lleva acabo el contrato de mutuo bancario ya que la institución bancaria generalmente realiza el acto y el notario facciona la escritura publica que firmada un día por uno de los otorgantes y luego por otro debiendo ser en un solo acto para no quebrantar el principio de unidad en la celebración del contrato de mutuo bancario.

Para el autor Emerito González, considera la unidad de acto como una simultaneidad de circunstancias que concurren desde la lectura hasta la firma y que se refieren al tiempo, al lugar y a la acción, pero la unidad de acto no debe ser llevada demasiado lejos, no es exacto afirmar que ambas partes y a una sola vez que aceptan el contrato, por que las partes no hablan ni pueden hablar simultáneamente por que ni se entenderían, ni les entendería el notario, y seria además una falta de urbanidad. La unidad de tiempo, según el autor comprende un lapso razonable en la realización del otorgamiento y que la prudente dirección del notario alargara o acortara según factores que solo deba quedar a su criterio, por que para eso el estado le confirió el poder de dar fe sin tasarle los espacios.

Protocolo: Es la colección de escrituras matrices u originales y que es necesario para la función notarial, debido a la perdurabilidad y seguridad en que quedan los instrumentos que el mismo contiene, así como la facilidad de obtener copias de las

Escrituras que el notario realiza del testimonio que el notario le facciona a el particular a requerimiento de parte para que tenga constancia del acto o contrato.

Respecto al principio del protocolo como refiere el autor Neri Argentino, indica: Que es un elemento de forzosa necesidad para el ejercicio de la función pública, por las evidentes ventajas que reporta de garantía y seguridad jurídica, por la pública y eficacia probatoria que trasuntan las escrituras matricadas, por la adopción universal de que ha sido objeto, el protocolo se juzga como un excepcional principio del derecho notarial.⁹

Seguridad jurídica: Este principio se basa en la fe pública que tiene el notario, por lo tanto, los actos que legaliza son ciertos, existe certeza. El código procesal civil y mercantil en su artículo 186 establece: que los instrumentos autorizados por Notario, producen fe y hacen plena prueba.

Publicidad: Los actos que autoriza el notario son públicos; por medio de la autorización notarial se hace pública la voluntad de la persona. Este principio de publicidad, tiene una excepción, y se refiere a los actos de última voluntad, testamentos y donaciones por causa de muerte, ya que estos se mantienen en reserva mientras viva el otorgante, como lo regula el código de notariado. “Las escrituras matrices podrán consultarse por cualquier persona que tenga interés, en presencia del notario, exceptuándose los testamentos y donaciones por causa de muerte, mientras vivan los otorgantes, pues solo a ellos corresponde ese derechos” (Artículo. 22 código de notariado) . “Mientras viva el otorgante de un testamento o donación por causa de muerte, solo a el podrá extenderse testimonio o copia del instrumentos”. (Artículo. 75 código de notariado).

Desde luego el código de notariado, impone la obligación al Notario a expedir testimonios o copias simples o legalizadas de las escrituras que autorice, a cualquier

⁹ Neri, **Ob. Cit.** Vol. I. Pág. 383

Persona que lo solicite, esta obligación tiene la excepción cuando se trata de testamentos o donaciones por causa de muerte, mientras vivan los otorgantes.

1.5 Fuentes del derecho notarial.

En Guatemala, la única fuente del derecho notarial es la ley.

En Guatemala, los notarios pueden ejercer, únicamente dentro del marco que la ley les permite. Esto se debe a la función pública que se presta y no se puede alegar en contra la libertad de acción regulada en la Constitución Política se indica que toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no le prohíbe, ya que esto es para personas particulares.

CAPÍTULO II

2. El Notario y su Función.

2.1 Definición de notario.

- a. Para Gimenez: “El notario es un profesional del derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de veracidad, de los actos en que interviene, para colaborar en la forma correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia solo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción Voluntarias.”¹⁰
- b. Mengual y Mengual, citado por Emerito González: “Es 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 relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia , previo al estudio, explicación y aplicación del derecho positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene.”¹¹
- c. Para los autores Cabanellas y Ossorio, el notario indican: “Es un funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.”

¹⁰ Emerito, **Ob. Cit**; Pág. 52

¹¹ Mengual y Mengual, **Ob. Cit**; Pág. 53

- d. Fernández del Castillo lo define: “El notario es el funcionario público investido de Fe Pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley, a los instrumentos en que se consignent los actos y hechos jurídicos.”¹²
- e. Para mencionar la definición de notario latino, aprobada en el primer congreso de la Unión Internacional Latino, celebrado en Buenos Aires, Argentina. En 1948, es la siguiente: “El Notario Latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de estos y expidiéndoles copias que den fe de su contenido.”¹³

La legislación Guatemalteca no define lo que es notario, únicamente se limita a establecer 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 (Artículo 1).

2.2 La Función notarial.

La función notarial: “Es la actividad del notario también llamada el que hacer notarial. Es la actividad que despliega el notario en las diversas actividades que realiza.”¹⁴

En sentido meramente jurídico, Neri Argentino dice: “Que la expresión función notarial se le, juzga como la verdadera y propia denominación que cabe aplicar a las tareas que despliega el notario en el proceso de formación y autorización del instrumento público.”¹⁵

¹² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. **Derecho notarial**, Pág. 119

¹³ De la Cámara y Álvarez, Manuel. **El Notario latino y su función**, Pág. 4

¹⁴ Carneiro, **Ob. Cit**; Pág. 15

¹⁵ Neri, **Ob. Cit**. Pág. 157.

En Guatemala, el notario, no es un funcionario público, es un profesional del derecho que presta una función pública. Aunque tampoco podemos olvidar que algunas de nuestras leyes, lo reputan como funcionario público, por ejemplo las leyes penales, establecen sanciones para algunos funcionarios y entre ellos menciona al notario. Pero la ley específica, el código de notariado, no lo reconoce como tal.

Después de haber dado algunas definiciones de lo que es la función notarial es importante hablar de su naturaleza jurídica ya que considero que se debe saber de donde proviene lo que es la función notarial.

El autor Castan¹⁶ en relación a las posiciones doctrinales sobre el encuadramiento de la función notarial, señala las siguientes tendencias o puntos de vista:

- a. La función notarial forma parte de la administración o poder ejecutivo del Estado, con la misión de colaborar en la realización pacífica del derecho: sus características serían muy semejantes a las de un servicio público.
- b. Partiendo de considerar insuficiente la clásica división de los poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo, Judicial), consideran otros tratadistas que el estado tiene además de las potestades que le atribuye la división bímembre aludida, un poder certificante que en su mayor parte confía al notario, como decía Otero Valentín, una función autorizante instrumental.

En definitiva entre las dos posiciones no hay incompatibilidad: de las tres resulta que el notario es un funcionario que, por delegación del estado ejerce una función cuya finalidad es contribuir a la normal realización del derecho. Pero no basta esta

¹⁶Castan, **Función notarial**, Pág.15.

Afirmación, es sin duda, ambigua o imprecisa. Hay que profundizar más para determinar que hace el notario y para que lo hace.

2.2.1 En el derecho positivo: La misión del Notario en su doble carácter de profesional del derecho y funcionario público. Los Notarios como profesionales del derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclamen su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que se proponen alcanzar.

Como funcionarios ejercen la fe pública, que tiene y ampara un doble contenido:

- a. En la esfera de los hechos, la exactitud de lo que el notario ve, oye y percibe por sus sentidos;
- b. Y en la esfera del derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado con forma a las leyes.

2.2.2 En la doctrina: La función del notario es la autorización del instrumento público; pero a esta se llega tras un proceso o serie de actos y exige una actividad funcional complementaria, así la función del notario, consiste en:

- Recibir la voluntad de las partes.
- Informarla, es decir asesorar como técnico a las partes y con ello dar forma jurídica a esta voluntad.
- Redactar por escrito que ha de convertirse en un instrumento público, interpretando aquella voluntad.
- Autorizar aquel instrumento público con lo que se da la forma pública al negocio o se autentican hechos.
- Conservar el instrumento autorizado.

- Expedir copias de el para acreditar su contenido.

De las actuaciones documentales propias de la función notarial hay algunas que no tienen el carácter de instrumentos públicos, a continuación se mencionan las siguientes:

- a. Instrumentos públicos: Escrituras y actas.
- b. Documentos públicos que en sentido reglamentario no son instrumentos, se trata de testimonios, legalizaciones, legitimidad de firmas, certificados de existencia o vigencia de leyes y traducciones

En apariencia ninguno de los documentos de esta segunda categoría son instrumentos públicos: la interposición del signo notarial de fe hace autentico un documento y es un aspecto formal o externo; pero no en cuanto a su contenido interno. Un documento privado cuyas firmas han sido legitimadas por notario, sigue siendo un documento privado aunque no se pueda negar la veracidad de las firmas.

Cuando hablamos de la autenticidad de las firmas, tanto en las certificaciones como en las traducciones estas garantizan la veracidad de un hecho, en sentido amplio pueden ser consideradas como instrumentos públicos, desde el momento en que se puede apreciar en ellas la existencia de actas notariales que no se protocolizan.

En cuanto a las actuaciones del notario en su función notarial, tenemos también las funciones que realiza que no son documentales a lado de las actividades que tienen una exteriorización formal (constituya o no instrumento público) el notario ejerce una función preventiva de asesoramiento y de magisterio o docencia (por lo que los franceses le llaman consejero jurídico de las familias).

2.3 Encuadramiento de la actividad del notario.

La actividad del notario la podemos ubicar en el ejercicio liberal de la profesión o en la actividad del Estado, y en forma mixta.

En el ejercicio liberal de la profesión, es el verdadero campo en que el notario ejerce su función, ya que desarrolla su actividad sirviendo a los particulares por eso se dice que es una profesión liberal. Lo hace cuando autoriza actos y contratos en que interviene a requerimiento de parte.

En la actividad del Estado, es cuando encontramos al notario como asesor, consultor, cónsul, Escribano de Gobierno, desempeñando un cargo o empleo público. Aquí a excepción del Escribano de Gobierno y esporádicamente el cónsul desempeña obligaciones de un funcionario o empleado, ya que dictamina y asesora, pero no ejerce la fe pública.

Cuando hablamos del encuadramiento de la actividad del notario y de un sistema mixto en que el profesional se desempeña en un empleo para el Estado de tiempo parcial y la otra parte del tiempo ejerciendo libremente la profesión, en virtud de que la ley Guatemalteca, permite el ejercicio cuando el cargo que sirvan no sea de tiempo completo (Artículo. 5º. Numeral 2º Código de Notariado).

2.4 Funciones que desarrolla el notario.

Las funciones que realiza el notario es importante mencionar algunas de las más importantes en las que el notario trata de darle forma legal a la voluntad del interesado y a su vez tratar la manera de aconsejar y asesorar a los interesados siempre bajo su consentimiento encontrar la mejor manera de realizar el acto o contrato en que interviene por disposición de la ley o requerimiento de parte.

A continuación menciono algunas de las funciones más importantes del notario:

- a. Función receptiva: Es la actividad que desarrolla cuando al ser requerido a instancia de parte o por disposición de la ley, recibe de sus clientes en términos sencillos su voluntad o información para darle forma legal a la misma.
- b. Función directiva o asesora: Cuando hablamos de la función directiva o asesora es importante mencionar que por ser el notario un profesional del derecho y un jurista, puede asesorar o dirigir a sus clientes , sobre el negocio que pretenden celebrar, aconsejando sobre la mejor forma de darle validez a la voluntad de las partes o el particular.
- c. Función legitimadora: En esta función que realiza el notario tiene la obligación de verificar que las partes contratantes, sean efectivamente las titulares del derecho, estando obligado a calificar la representación en los casos en que se ejercite, la cual conforme la ley y a su juicio debe ser suficiente (Artículo 29 Numeral 5º Código de Notariado).
- d. Función modeladora: Cuando el notario desarrolla esta actividad, el Notario le esta dando forma legal a la voluntad de las partes, encuadrándola a las normas que regulan el negocio jurídico que se esta realizando entre el notario y los clientes o particulares, así de esta forma es como el notario hace que esta voluntad de los particulares nazca a la vida jurídica.
- e. Función preventiva: El notario al estar redactando, debe prever cualquier circunstancia que pueda sobrevenir en el futuro, debe evitar que resulte conflicto posterior, previniéndole tales circunstancias, esta función la encontramos bien planteada en el principio de legalidad.
- f. Función autenticadora: Cuando hablamos de autenticar es decir darle validez al acto o contrato realizado por los particulares y el notario en cumplimiento con la función que este realiza, debemos decir que al firmar y sellar el notario, le esta

dando autenticidad al acto o contrato, por lo tanto estos se tendrán como ciertos y auténticos, por la fe publica de la cual esta investido el mismo, y tendrá ese carácter, mientras no se pruebe lo contrario esta función se recalca en lo que son las autenticas de firma y de documento en donde estos dan fe y hacen plena prueba (Artículo 54 Código de Notariado).

2.5 Finalidades de la función notarial.

Con respecto a este tema Luís Carral y de Teresa, nos dice: “La función notarial persigue tres finalidades: La de seguridad, valor y permanencia”.

2.5.1 Seguridad: Es la calidad y firmeza que se da al documento notarial. Persigue la seguridad: el análisis de su competencia que hace el notario; la perfección jurídica del documento para lo cual tiene que hacer ejercicios de capacidad y de identidad; el proceso formal (de leyes adjetivas), que es axiomático y que persigue un fin de seguridad, también persigue esa seguridad y responsabilidad del notario, respecto a la creación de este.

2.5.2 Valor: El valor implica utilidad, aptitud, fuerza, eficacia para producir efectos. El notario además, da a los documentos un valor jurídico, este valor tiene una amplitud: es el valor frente a terceros y es la eficacia y la fuerza que otorga la intervención del notario.

2.5.3 Permanencia: Es una finalidad de la función notarial que se relaciona con el factor tiempo, es un factor del derecho notarial que nace para proyectarse hacia el futuro, con relación a lo que los interesados pretendan realizar y así el notario, asegurar la conservación del documento jurídico en cambio el documento privado es perecedero, se deteriora fácilmente, se extravía, se destruye con más facilidad, y por lo tanto es inseguro. Por tanto, el documento notarial es permanente e indeleble o sea que

Tiende a no sufrir mudanza alguna, para lograr esa permanencia: el notario actúa en el momento, para dar seguridad, valor y permanencia.

CAPÍTULO III

3. El Instrumento Público.

3.1 Evolución histórica del instrumento.

El Dr. Fernández del Castillo, expresa: " El termino instrumento proviene del latín instruere: enseñar, y se refiere a todo aquello que puede servir para dejar una constancia, para fijar un acontecimiento. Cuando se trata de instrumentos que comprenden signos expresados en imágenes se llama monumento como lo son las estatuas, las películas, las fotografías y aun las cintas magnetofónicas. Cuando en el instrumento emplea signos escritos se llama documento.

Esta distinción entre los instrumentos se conoce desde la antigüedad en el derecho romano y en el canónico era instrumento todo aquello con lo cual se podía integrar una causa. Este último derecho se hablaba además de instrumento en sentido estricto que se refería a cualquier escritura y en especial a la escritura pública, que tenía fe por si misma

Emerito González, al escribir sobre la evolución histórica del instrumento público, sostiene. "hace ya muchos siglos cuando los hombres se fueron organizando en sociedades, debió ser un arduo problema probar los hechos que daban origen a las relaciones jurídicas y formalizar las mismas."

Los principios religiosos constituyen sin duda una dificultad para las extralimitaciones de unos y otros, por el temor de Dios y al perjuicio o castigo que pudiera acaecerles por las violaciones a lo pactado.

Los instrumentos primitivos fueron la primera exteriorización que, saliéndose de la órbita del temor divino, comenzaron a regularse aquellas relaciones.

La utilización de la escritura es un fenómeno que se acusa desde las civilizaciones más remotas, según un minucioso estudio sobre los orígenes de la contratación escrita realizado por Ursicino Álvarez Suárez.

Ello debe contribuir a una base para apreciar la existencia de una recepción extrema del principio de la escritura, pero no es suficiente para afirmar una recepción jurídica interna, referida al valor y a la función del documento.

Gimenez, afirma que la historia del instrumento público es paralela a la evolución del notario que lo autoriza, y citando a Cámara “Posiblemente hasta el siglo XII no adquieren los simples redactores de documentos el poder de dar fe. Entonces empieza a perfilarse el verdadero notario, aunque todavía tiene que transcurrir un siglo mas hasta que el documento o chartae, redactado en extenso por el Notario, que en poder de este para integrar su protocolo. Pero no solo nace en esta época la autenticidad del documento, sino su eficacia a través de la fuerza ejecutiva.”

En conclusión para el autor Neri Argentino, hace con respecto al instrumento: “ En orden general, instrumento es el escrito con que se justifica o se prueba un hecho o un derecho. En sentido jurídico es todo lo que sirve para instruir a una causa, o lo que conduce a la averiguación de la verdad. Según la acepción académica, instrumento proviene de instrumentum, que significa escritura, papel o documento con que se justifica o se prueba una cosa. Sin embargo en opinión de Falgera (Apuntes de Notaria), la palabra “ Instrumento “ dimana de las latinas instruens y mentem, por que instruye al entendimiento; por eso se llama instrumento a cierta escritura que prueba cualquier negocio realizado.

Etimológicamente “Instrumento” y “Documento” son términos similares, pues documento, que es palabra que deriva del latín documentatum, y esta, a su vez, de docere, que equivale a enseñar, importa el escrito donde se hace constar alguna cosa ”.

17

3.2 Concepto

Podemos dar un concepto de los instrumentos públicos que comprenda, no solo sus notas diferenciales, sino también su contenido y su finalidad o valor, diciendo que son los documentos autorizados, por notario, a requerimiento de parte, e incluidos en el protocolo y que contienen, revelan o exteriorizan un hecho, acto o negocio jurídico, para su prueba, eficacia o constitución, así como las copias o reproducciones notariales:

- a. Documentos autorizados con las solemnidades legales por Notario competente, por que la inobservancia de aquellas o la incompetencia de este, degrada al documento a la categoría de privado
- b. A requerimiento de parte, para excluir el concepto de aquellos documentos que autoriza el notario de oficio, como índices, certificaciones negativas, partes. Claro que con esta nota también quedan excluidas aquellas actas que el notario excepcionalmente autoriza por propia iniciativa, pero estas excepciones reglamentarias no desvirtúan esa nota esencial del instrumento. En su concepto quedan también incluidos los testamentos, poderes, cancelaciones que el propio notario autorizante otorga, por que aquí hay requerimiento de parte es el propio notario.
- c. Los que están incluidos en el protocolo, para excluir: Los testimonios, traducciones, y legitimaciones, los índices mensuales y notas de apertura y cierre que están adheridos al protocolo, pero no incluidos en él: los índices se

¹⁷ Neri, **Ob. Cit**; Pág. 5

encuadernan al final del protocolo; las notas de apertura y cierre se pondrán en pliego separado del protocolo.

- d. Contienen revelan o exteriorizan un hecho, acto o negocio jurídico, para expresar el contenido del instrumento publico, que repercutido sobre la forma da lugar a la clasificación de los instrumentos en escrituras y actas.
- e. Para su prueba, eficacia y constitución , por que el instrumento unas veces tiene una finalidad exclusivamente probatoria, otras sirven además para que en el negocio en el contenido produzca un determinado efecto y otras para dar vida a un negocio que por voluntad de los interesados o de la ley no nace hasta la formación del instrumento (escritura constitutiva).

Cabanellas, no dice: “El documento público es el otorgado o autorizado con solemnidades requeridas por la ley, por notario, escribano, secretario judicial u otro funcionario publico competente, para acreditar algún hecho, la manifestación de una o varias voluntades y a la fecha en que se producen.”¹⁸

Para Emerito González, aporta la definición de Fernández Casado: “Es un documento notarial autorizado a instancia de parte en el que consta un hecho jurídico o una relación de derecho.” Para el autor Gonzalo de las Casas: “Es el escrito autentico en que se consigna y perpetua un titulo o un hecho.” Y para el autor Torres Aguilar lo define así: “Son los documentos autorizados por el notario en que constan las relaciones jurídicas de los partícipes, para que sirvan de leyes entre los mismos o se refieren a los hechos relacionados con el derecho.”¹⁹

¹⁸ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Tomo II. Pág. 403

¹⁹ González, Carlos Emérito. **Derecho notarial**. Pág. 305

La definición de el autor Gimenez que lo define: “Como el documento público, autorizado por notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos.”²⁰

3.3 Fines del instrumento público.

Cuando hablamos de los fines del instrumento público, es importante mencionar que esto es lo que busca el notario al faccionar en los documentos y escrituras publicas lo realiza para darle forma legal en lo los actos y contratos en que el notario interviene.

Norberto Falbo, citado por Salas, expone: “Tradicionalmente el instrumento público únicamente es un aspecto meramente adjetivo, es decir, como forma y como prueba.”²¹

Para Emerito González, nos menciona como fines: La prueba preconstituida; el de dar forma legal y el de dar eficacia al negocio jurídico, el mismo autor en su obra derecho notarial, cita a Fernández Casado, quien expreso que dos de sus fines principales que llena el instrumento público: a) perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad; y b) Servir de prueba en juicio y fuera de él.

Sobre los aspectos de forma y de prueba, quedan enmarcados los fines del instrumento público, y no podía ser de otra manera, ya que de lo que se trata al autorizar en un instrumento es darle forma a la voluntad de las partes, y que esa voluntad plasmada en el papel sirva de plena prueba.

3.4 Características:

²⁰ Jiménez, **Ob. Cít**; Pág. 403

²¹ Falbo, **Ob. Cit**; Pág. 227

El autor Emerito González, establece que las características se puede definir como: “el conjunto de circunstancias o rasgos con que una cosa se da a conocer distinguiéndose de las demás, los instrumentos públicos posee varias que le individualizan muy significativamente.”²²

Entre los cuales menciona:

- a. Fecha cierta.
- b. Garantía.
- c. Credibilidad.
- d. Firmeza, irrevocabilidad e inapelabilidad.
- e. Ejecutoriedad
- f. Seguridad
- g. Valor

Fecha cierta: En la escritura pública podemos tener la certeza de que la fecha de ella es rigurosamente exacta y los efectos que de esa virtud excepcional pueden producirse, son innumerables y valiosísimos.

En Guatemala, este carácter tiene total aplicación, ya que entre los requisitos que deben contener los instrumentos públicos, esta la fecha. (Artículo. 29 Numeral 1º. Código de Notariado). Incluso en los testamentos y las donaciones por causa de muerte, también debe figurar la hora del otorgamiento. (Artículo 42 Numeral 1º. Del Código de Notariado).

Estas son formalidades esenciales, según lo estipulan los artículos 31 y 44 del código de notariado. El notario en ningún caso puede atender o posdatar una escritura, ya que incurriría en delito de falsedad.

²² Emerito, **Ob. Cit**; Pág. 317

Garantía: El estado no solo debe actuar ante las relaciones de derecho de los individuos si no también con posterioridad a las mismas, cuando son violadas las normas, la justicia pone a disposición del Estado y este resuelve el caso planteado, reestableciendo la normalidad dando cada uno lo suyo y también hacer imperar el estado de derecho en todo momento y al constituirse una obligación por los medios a su alcance por que cumpliéndola el derecho será normal y no patológico. " ²³

En el Artículo 186 del código procesal civil y mercantil nos dice que el instrumento autorizado por notario, tiene garantía, respaldo estatal, de lo contrario el documento que se autoriza se estaría dudando según las leyes guatemaltecas el instrumento público producen fe y hacen plena prueba.

Credibilidad: Es una característica del instrumento público por medio del cual el notario da a los interesados en determinados actos o hechos en que interviene el mismo a requerimiento de parte o por disposición de la ley.

El autor Josserand, citado por Emerito González, dice: "Es una credibilidad excepcional la que beneficia a los actos auténticos, que se afirma en dos direcciones:

- a. En cuanto al origen del acto por que se presenta bajo el auspicio de signos exteriores públicos (sellos, timbres y firma del notario). La apariencia es tan elocuente que se considera que responde a la realidad "lleva un informe con que va revestido, y con ello el interés de la misma sociedad."
- b. En cuanto a las enunciaciones contenidas en el acto."²⁴

Firmeza, irrevocabilidad e inapelabilidad: Sabemos que el instrumento público puede ser redargüido de nulidad y de falsedad, pero mientras esto no suceda, el instrumento

²³ **Ibíd**, Pág. 317.

²⁴ **Ibíd**, Pág. 319.

Es firme e irrevocable, no existe un superior jerárquico del notario a quien podemos Apelar, las relaciones contenidas son firmes e irrevocables. Pueden haber, en una acción de nulidad en un proceso, cuyo fallo si es apelable; pero en contra de la escritura en si no cabe apelación.

Ejecutoriedad: Para el autor Sanahuja define: esta característica del instrumento público como: “Es la cualidad del acto en virtud de la cual el acreedor o sujeto agente puede, en caso de inobservancia de la obligación, obtener la ejecución de su derecho mediante la fuerza.”²⁵

En Guatemala en el Código Procesal Civil y Mercantil, le confiere la calidad de los títulos ejecutivos a los testimonios de las escrituras públicas (el Arto. 37 Numeral 1º.) También regula que procede la ejecución en caso transacciones celebradas en escritura pública (Arto. 294 Numeral 6º). La fuerza ejecutiva viene aneja a la escritura pública, trae aparejada la ejecución por su carácter indubitable.

Seguridad: Esta es una garantía que fundamenta el protocolo, ya que de la escritura matriz se puede obtener tantas copias o testimonios, como fueran necesarios, no se corre el riesgo de pérdida, quedando protegidos, los intereses por todo el tiempo y aun después del fallecimiento del notario. (Artículos 23, 24,25, y 81 Numeral 1º. del Código de notariado.)

Valor: El instrumento público tiene valor formal y valor probatorio. El valor formal, es el que se refiere a su forma externa o el cumplimiento de todas las formalidades esenciales y no esenciales que el código de notariado regula. (Artos. 29 y 31 del Código de notariado.) Y valor probatorio se refiere al negocio que contiene internamente el instrumento. Ambos deben completarse. Ya que no sería correcto en un caso determinado, que la forma fuera buena y el fondo estuviere viciado; o por el contrario la

²⁵ Emérito. **Ob. Cit**; Pág. 319

Forma no es buena, por no haberse cumplido los requisitos o formalidades esenciales del instrumento y el negocio y el fondo del asunto ser lícito. ²⁶

3.5 Valor jurídico del instrumento público.

El estudio del valor jurídico del instrumento público son las características del instrumento Público y ahora lo definiremos en particular de manera independiente:

Para Ávila Álvarez, con respecto al valor jurídico público, que expone que en el estudio de este valor debemos distinguir: El valor o efectos sustantivos, Efectos ejecutivos, y Efectos probatorios.

3.5.1 Valor o efectos sustantivos.

En general: legitimación, así como en el registro de la propiedad la previa calificación del registrador permite conjeturar (*juris tantum*) o provisionalmente que el derecho inscrito existe y pertenece al titular registrar, en la escritura pública la preparación técnica que la ley exige al notario, los deberes que le impone, la responsabilidad en que aquel incurre si los incumple, las formalidades y garantías de que ha de rodear su actuación permite obtener la seguridad- relativa, pero suficiente para la vida jurídica de que el negocio en aquella recogido es válido y legal e incluso, reconocer, al menos provisionalmente, al sujeto de aquel la titularidad de los derechos que de dicho negocio se deriven , en esto consiste la legitimación que implica la escritura.

En especial: la escritura puede ser, según los casos:

- a. Elemento indispensable para la existencia del negocio.

²⁶ Muñoz, Nery Roberto. **Introducción al derecho notarial**, Pág. 105

- b. Elemento indispensable para la eficacia para la producción de determinados efectos
- c. Elemento indiferente, sin perjuicio del valor legitimador y del probatorio (Procesal)

En el supuesto a) el negocio nace en la escritura, simultáneamente a ella. Esta es elemento de la constitución del negocio, tiene valor constitutivo. Por ejemplo la donación de inmuebles no nace si no cuando se otorga la escritura correspondiente, en el supuesto c) parece, a primera vista que al no ser elemento de constitución ni de eficacia del negocio, por ejemplo de escritura de préstamo, la escritura es simplemente declarativa, como en el supuesto b) parece que la escritura es mixta, por ejemplo escritura de compraventa de inmuebles: declarativa en cuanto viene a recoger un negocio existente con anterioridad , y constitutiva en cuanto a ciertos efectos civiles (contra tercero, inscripción en registro) que nace con ella .

Pero hay que tener en cuenta en cuanto a estos dos supuestos b) y c): que puede suceder que en algún caso concreto la compraventa o el préstamo como ejemplos no nazcan hasta el otorgamiento de la escritura pública correspondiente. Y que aun cuando el negocio exista con anterioridad a la escritura, al dotar de nueva escritura a aquel, se produce lo que, siguiendo a Dengenkolb, llama la doctrina moderna una “renovatio contractus” que obliga a considerar a aquella como constitutiva o dispositiva.

27

3.5.2 Efectos Ejecutivos.

El testimonio de la escritura pública, es titulo ejecutivo, lleva aparejada la ejecución. Cuando hablamos de que el instrumento público es titulo ejecutivo, nos referimos a que la persona interesada tiene el derecho a solicitar lo que por derecho le corresponde siempre y cuando tenga el documento necesario para hacer vales sus derechos que por ley le corresponden, a la vez que el documento jurídico sea valido y este de acuerdo a

²⁷ Avila Alvarez, Pedro. **Estudios de derecho notarial**. Pág. 144

Derecho, que el instrumento no adolezca de los requisitos esenciales para que dicho documento nazca a la vida jurídica.

Algo que es muy importante y que nos menciona el código procesal civil y mercantil en su título dos, capítulo uno, con respecto al título ejecutivo, el artículo 327 nos dice: Procede juicio ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos: en el número 1º. Los testimonios de las escrituras públicas y en el numeral 4º. Los testimonios de las actas de protocolación de protestos de documentos mercantiles y bancarios o los propios documentos si no fuere necesario el protesto, así como 5º. Acta notarial en que el saldo que existiere en contra del deudor, de acuerdo con los libros de contabilidad llevados en forma legal.

En el párrafo antes mencionado observamos que prácticamente tanto el acreedor, como el deudor tienen derechos y obligaciones en la celebración del contrato, y que por lo tanto ambos igualmente al tener los documentos necesarios pueden hacer valer sus derechos y en este caso por que hablamos del contrato de mutuo, asimismo se puede decir que este caso en particular el acreedor reciba lo prestado ya sea dinero o cosas fungibles, y el deudor pague lo que debe al acreedor o restituya las cosas prestadas, y en el caso del deudor tener el derecho que se le de el dinero acordado o la cosa o cosas que se van ha prestar y que son objeto del contrato de mutuo.

Y cuando hablamos de título ejecutivo es por que es aquel documento que le va a servir tanto al acreedor, como al deudor para hacer valer ante juez competente sus derechos siempre y cuando el documento sea valido, ya que el juez valora y examina el documento para ver si es legal, así poder dar inicio al proceso que sea pertinente para dar solución al conflicto que se ha generado.

3.5.1 Efectos Probatorios.

Corresponde al Código Procesal Civil y Mercantil, darle valor probatorio al instrumento público, los cuales reconocen que producen fe y hacen plena prueba. Las Otras leyes procesales, también le dan la misma validez. El derecho de la otra parte es de redargüirlos de nulidad o falsedad, si fuere el caso.

Los instrumentos públicos hacen prueba contra todo no solo del acto en que consiste el otorgamiento que ha tenido lugar en la fecha que se indica, sino también de aquellos hechos que se producen ante el notario en el desarrollo de aquella escena sino que también el hecho de haber comparecido ante el notario determinadas personas por lo tanto de haberse leído el instrumento e incluso el hecho de haber realizado las partes determinadas declaraciones y de haber prestado su consentimiento, todo esto podrá ser falso, pero mientras no se impugne por falsedad habrá de hacer prueba so pena de que desaparezca la utilidad de la función notarial.

Debemos mencionar el valor del instrumento; aquel instrumento que no adolece de nulidad ni falsedad, por lo tanto se tiene como plena prueba según la legislación Guatemalteca.

El instrumento público tiene valor formal y valor probatorio. Valor formal cuando se refiere a su forma externa o el cumplimiento de todas las formalidades esenciales y valor probatorio en cuanto que el negocio contiene internamente el instrumento. Ambos deben complementarse ya que no sería correcto que en un caso determinado, la forma fuera buena y el fondo estuviera viciado, o por el contrario que la forma no sea correcta por no haberse cumplido los requisitos ya sea de forma o de fondo y el negocio o el fondo asunto fuere lícito.

3.6 Clases de instrumentos públicos.

No todos los actos en que el notario interviene profesionalmente, ni tampoco todos los documentos que suscribe o que autoriza se convierten automáticamente en

Instrumentos públicos, en razón de esa intervención. Prescindamos de los actos no profesionales: los de esta clase que el notario realice tienen valor semejante al que tendrán si fueran realizados por otra persona cualquiera. Pero, aunque el notario actúe profesionalmente, como tal notario, no siempre el documento que suscribe al realizar sus funciones son instrumentos públicos.

Los documentos autorizados por notario que no son instrumentos públicos, no suelen ser estudiados en la teoría general del instrumento público por los autores del derecho notarial.

Cuando se habla de los índices, se hace por lo común, como complemento del estudio del protocolo notarial. De los restantes documentos que no son instrumentos públicos o no es habla, o se refieren a ellos de pasada en el estudio de los deberes que resultan a cargo del Notario como consecuencia del otorgamiento y en virtud de disposiciones administrativas que no constituyen normas típicas. Siendo el instrumento Público una variedad específica del documento notarial, una clasificación completa debe contener el género y las diversas especies.

Incluyendo los índices entre los documentos notariales, pero dejando fuera otros, para el autor Azpitarte hace la siguiente clasificación: ²⁸

3.6.1 Documentos Originales o Matrices.

A) protocolares.

- a. Escrituras matrices.
- b. Actas.
- c. Documentos protocolazos (judiciales o privados).

²⁸ Azpitarte. **Legislación notarial**, Pág. 11.

B) Extraprotocolares.

- a. Testimonios de legitimidad de firmas y legalizaciones.
- b. Certificados de existencia
- c. Certificados de vigencia de leyes

3.6.2 Traslados o Extractos.

- a. Copias de escrituras y actas
- b. Testimonios y documentos unidos a aquellas
- c. Testimonios de documentos no protocolados
- d. Testimonios de traducciones
- e. Índices de protocolo
- f. Libro indicador

La diferencia formal entre los documentos con valor del instrumento público y los que no lo tienen esta en el signo notarial, expresión de la autenticidad del documento: Las escrituras públicas son signados por el notario con lo que se simboliza su privilegio carácter en cuanto a prueba y eficacia, los traslados o extractos son solamente firmados: no les alcanza los beneficios del instrumento público y por grande que sea su credibilidad no tienen la misma presunciones de veracidad, aunque tengan carácter oficial o administrativo y especialmente los efectos de la falsedad que pueda cometerse en ellos, la consideración de documentos públicos en la mayoría de los casos.

La incorporación o no del original al protocolo tiene en España una gran trascendencia diferenciadora de las escrituras de las distintas clases de documentos, atendido al punto de vista legal o reglamentario. En el terreno doctrinal, sin embargo pierde mucho relieve esa distinción que pudiéramos llamar mecánica o topográfica. El derecho comparado ha alentado mucho en Nuestra doctrina las orientaciones

Encaminadas a conseguir una reforma profunda en el protocolo notarial. Sin perjuicio de volver mas adelante y con mas amplitud sobre, este extremo.

Para Emerito González, en su obra de derecho notarial hace la clasificación de los Instrumentos Públicos y los divide: siendo los principales los que van en el protocolo, como condición esencial de validez, por ejemplo la escritura matriz, y la extiende también al testimonio.

Y lo secundarios, los que van fuera del protocolo, como por ejemplo el acta notarial a excepción en nuestra legislación Guatemalteca que se refiere al Acta de Matrimonio que se debe protocolizar.

Además los Instrumentos que van dentro del protocolo y fuera del protocolo, en Guatemala, entre los documentos que se redactan necesariamente en papel especial del Protocolo tenemos: la escritura Pública; el acta de Protocolización, y las Razones de Legalización.

Las que no se redactan en protocolo: Actas Notariales, Actas de legalización de firma o Autenticas y Actas de copias de documentos. Asimismo los asuntos de jurisdicción voluntaria en sede notarial, actas notariales y resoluciones notariales.

La clasificación de principales y secundarios, es correcta, ya que existen instrumentos públicos judiciales y administrativos, a los que e damos el nombre de documentos públicos, pero no de instrumentos, por que solamente los autorizados por notario tienen categoría de instrumentos.

Para Giménez Arnau. En su obra de derecho notarial, interpretando el texto del Artículo. 143 del reglamento notarial español, clasifica los documentos notariales, en protocolizados y no Protocolizados. Entre los primeros incluye los originales de las escrituras y las actas. En las segundas, los testimonios, legalizaciones, legitimidad de

Firmas y entre los documentos sin valor de instrumentos públicos, los índices, comunicaciones y oficios.

En Guatemala podríamos decir que el instrumento público por excelencia es la escritura pública, que se redacta en el protocolo, por estar regulado en nuestro código de notariado (Arto. 29), sin embargo no podemos dejar sin mencionar el acta de protocolización, que también se redacta en el protocolo; así como la razón de legalización de firma, que por ley debe hacerse en el protocolo notarial.

En conclusión podemos decir que los instrumentos que van dentro del protocolo son:

- a. Escrituras Públicas
- b. Actas de Protocolización
- c. Razones de legalizaciones

Y los instrumentos que van fuera del protocolo:

- a. Actas Notariales.
- b. Actas de legalización de firma.
- c. Actas de legalización de copias de documentos

3.7 El instrumento público en la legislación de Guatemala.

Cuando hablamos del instrumento público en la legislación guatemalteca, el código de notariado en su artículo 29 señala las formalidades y el artículo 31 las formalidades esenciales, del artículo 29 se desprende que las formalidades que tiene reguladas son para la escritura pública y que estas formalidades, no se aplican para actas notariales, actas de protocolización, actas de legalización y razones de legalización, estas las tiene regulados en títulos separados y con sus propias formalidades, por tanto, nuestro

código reconoce plenamente a la escritura como instrumento, mientras que la doctrina es mucho más amplia pues incluye actas.

También es importante resaltar que el artículo 12 del código de notariado regula la razón de cierre, utiliza como sinónimo de escritura al documento público, cuando exige entre los requisitos: " El numero de documentos públicos autorizados; razones de legalización de firmas y actas de protocolización.

Por otro lado el artículo 15 del mismo código numeral 4º; al establecer lo que debe contener el índice, en las columnas separadas, exige: "El objeto del instrumento se refiere a escrituras públicas, actas de protocolización y razones de legalización que se redactan en el protocolo y se incluyen en el índice. Excluyendo las actas notariales que se redacta en papel bond."

En conclusión podemos afirmar que en Guatemala, el instrumento público por disposición legal es la escritura pública; que a la escritura se le tiene como sinónimo de documento publico y que, cuando en el índice, se refiere a instrumentos incluye escrituras, protocolizaciones y razones de legalización.

Por tal circunstancia ante la falta de claridad legislativa, podemos referirnos a ellos como instrumentos públicos, como documentos públicos o documentos públicos notariales, como instrumentos apegándolos a la doctrina y como documentos notariales, los que según nuestro estudio no tengan calidad de tales.

CAPÍTULO IV

4. El Protocolo Notarial.

4.1 Antecedentes.

El protocolo notarial es importante mencionar que es paralela a la evolución misma del notariado: y como este surge en las costumbres jurídicas con el carácter de organismo adjetivo, no es extraño que siendo muy precisa y elaborada la historia del Notariado, también este por hacer la del protocolo.

Aparece ya la palabra protocolo en la novela 44 de Justiniano, pero no con la significación estricta actual, sino como conjunto de requisitos que los tabeliones han de observar en su ministerio. El protocolo es un asiento (y por acumulación de ellos un libro) que constituye un extracto o minuta del documento original que suscriben las partes y que conservan estas. Esta concepción de los glosadores italianos se refleja en el fuero real en el que se manda a que: “Los escribanos públicos tengan las notas primeras que tomaren de las cartas que hicieren, por que si la carta se perdiere o viniere sobre ella alguna duda que puede ser probada por la nota donde fue sacada”.

Respecto a esta época, el autor Núñez Lagos dice: “Que el minutarario no tenía, valor legal era un cuaderno borrador de bolsillo que llevaba consigo el notario, donde, al momento de requerir sus servicios, redactaba un breve apunte, heredero, por su significación y contenido, de la antigua noticia dorsal. Probablemente se suscribía por las partes, con su firma o con sus cruces, para evitar informalidades y arrepentimientos.”²⁹

²⁹ Núñez Lagos. **El Derecho notarial en el doctorado de la facultad de derecho**, Pág. 285

Cualquiera que sea la acepción etimológica que se considera más adecuada; sirve para justificar como genero la idea protocolo, que adjetivada con el predicado notarial constituye una especie dentro de este género. Especie que puede definirse como colección o conjunto ordenado de documentos notariales.

En los comienzos de la vida jurídica, los hombres estipulaban verbalmente, realizando el lenguaje como elemento capital empleado a modo de texto, y el rito como forma de expresión litúrgica; eran las únicas huellas que quedaban de las declaraciones de voluntad jurídica, puramente verbales, que vinieron hacer medios de prueba poco consistentes, pues se perdían en las sobras del olvido, y para revelar sus existencia había que reproducir el acto; la supervivencia de este no se logra así nada más, ya que muchas veces faltaban sus propios actores, aun los testigos presénciales del acto, todo lo cual daba una prueba a medias del mismo.

Por esta razón, la oralidad se sustituyo por la prueba escrita que es más eficaz y ofrece menos fallas. Pero los hombres no se conformaron con traducir y presentar en un escrito la voluntad creadora de sus derechos, ya que el titulo así creado no resultaba claramente seguro por que el documento podía extraviarse, la veracidad del acto ser negada; los testigos desaparecer o incapacitarse.

Hubo entonces necesidad de materializar la prueba, de recurrir a la grabación grafica sobre un elemento físico para que hiciera posible y perpetua su consideración. De este modo los hombres idearon que al emitirse la voluntad se hiciera entre solemnidades y quedara grabada gráficamente sobre un objeto material impregnado de la voluntad creadora, guardador de una primera decisión del espíritu, conservador de una creación del hombre; a esa primera fuente de la génesis del acto jurídico; llamaron protocolo

De manera, que el protocolo ha sido una creación derivada de la necesidad que el hombre tubo que llevar al papel escrito la voluntad creadora de las relaciones jurídicas,

Para que sin riesgo de pérdida, y en caso de duda para mejor probar, toda la intención contractual, materializada en forma gráfica, manuscrita como fenómeno derivado de la ordenación de los instrumentos públicos, el protocolo penetra en el derecho positivo y fue adoptado por la mayoría de las legislaciones y superado por el proceso de transformación.

En consecuencia la existencia de protocolo, es necesaria para la función notarial guatemalteca, e importante para la conservación del instrumento público. Asegurando así los derechos de los otorgantes.

Por otra parte, tiene relevancia en nuestro medio por el hecho que los actos y negocios jurídicos que se consignan en el mismo, tiene, por lo general cierta durabilidad que se prolonga con el tiempo, por lo cual, en cualquier momento constituye prueba fehaciente sobre los derechos y relaciones jurídicas incorporadas en tales documentos "

4.2 Etimología.

La variedad de significados justifica la diversidad de orígenes etimológicos que señalan la palabra protocolo. Unos creen que procede del griego protokolom (de protos, primero o principal, kol-las, pegar); otros de protoscolom (parte principal o primera); o bien de proto collatio (cotejo o comprobación)

Salas, citando a varios autores, entre ellos Escriche, Fernández Casado, Otero y Valentín, y R. Barica, expone: " Existen varias acepciones de la palabra protocolo. Su etimología poco ayuda para esclarecer cual en su sentido propio es la mas acertada, pues hay diversidad de opiniones acerca de su origen.

Evidentemente es palabra compuesta del prefijo proto procedente de la voz griega protos y del sufijo colo o colom, sobre cuya significación no se ha puesto de acuerdo los autores. Según Escriche proviene de la voz latino collium o collatio, que significa

Comparación o cotejo; según otros mencionados por Casado, se deriva del griego Kollon, que quiere decir pegar debido quizás a que en la Roma de Justiniano se fijaba a toda copia en limpio una etiqueta o Sello, aunque según dicho autor se deriva del sánscrito kul que significa reunir y lo reunido, es decir, deposito. Para Roque Barcia, en fin, proviene del griego Kolla, equivalente de cola o engrudo por que así se pegaban las hojas de los libros.

Su origen se remonta, según algunos, a la práctica de los tabelliones romanos de conservar copia de los documentos que redactaban, y según otros, de la costumbre de los argentarios griegos que desempeñaban funciones de procuración y gestión de negocios de sus clientes redactando contratos que escribían en libros que guardaban en su poder. ³⁰

El Fuero Real de España, dispuso que los escribanos tuvieran notas primeras o resúmenes, llamadas también imbreuiaturas, hasta que se llegó a conservar en poder del notariado el texto integro del documento y la cartae fue la reproducción fiel, (lo que nosotros conocemos como testimonio). Esto fue consagrado legalmente en la pragmática de Alcalá en 1503.

Cualquiera que sea la acepción etimológica que se considere mas adecuada, sirve para justificar como genero la idea del protocolo, que adjetivada con el predicado notarial constituye una especie dentro de este género. Especie que puede definirse como colección o conjunto ordenado de documentos notariales.

4.3 Definición doctrinaria.

Para Gonzalo De Las Casas, le atribuía los siguientes significados:

- El instrumento publico notarial.

³⁰ Salas, **Ob. Cit**, Pág. 411 y 412

- El libro anual formado con los instrumentos públicos autorizados por un notario.
- El formulario que contiene las reglas de etiqueta y diplomacia, con que se tratan recíprocamente los Gobiernos; y
- El registro donde se inscriben las deliberaciones y acuerdos de los congresos y negocios diplomáticos.

Para Emérito González, se refiere al Registro de escrituras públicas, preceptúa: “El vocablo “registro” tiene distintas acepciones. Podemos decir que es el libro en que cada notario extiende las escrituras públicas que se otorgan ante él. En ese sentido puede emplearse como sinónimo de protocolo. Larraud expresa que “el volumen, o serie de ellos, en que el escribano colecciona ordenadamente y conforme a la ley los documentos matrices de oficio, sometidos a su custodia.”³¹

Para Jiménez: “Protocolo es expresión de acepciones múltiples. En su sentido más vulgar, quiere decir colección de hojas, folios o documentos, adheridos unos a otros que, en su conjunto, forman un volumen o libro.”

En Guatemala se conoce como protocolo, al tomo empastado de los instrumentos autorizados durante un periodo de tiempo (un año anual, según la ley); también al papel sellado especial que se vende exclusivamente a los notarios para faccionar escrituras; y al conjunto de escrituras que se llevan faccionados en el año que transcurre. Y al estudiar nuestra legislación, nos encontramos que también hace referencia al conjunto de tomos de protocolos de varios años.

Como mencionamos anteriormente muchas son las definiciones que se han dado acerca de lo que es el protocolo notarial y hemos dado algunas de las más importantes pero es importante mencionar que el protocolo notarial es un conjunto de escrituras públicas, actas de protocolación y razones de firmas que un notario facciona en

³¹ Emérito, **Ob. Cit**; Pág. 173

Transcurso de un año con ejercicio de su profesión de actos y contratos que realiza para darle forma legal a la voluntad de las partes a requerimiento de estos o por disposición de la ley .

4.4 Definición legal.

La definición legal la podemos encontrar en nuestro código de notariado y es aquella que nos fundamenta el significado en si de lo que es el protocolo notarial la definición legal se encuentra en el artículo 8º del código de notariado y dice: " el protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolación, razones de legalización de firma y documentos que el notario registra de conformidad con esta ley "

Entre otras características importantes que debemos mencionar al definir legalmente a el protocolo notarial que en que nuestro código de notariado menciona algunas formalidades para el desarrollo del mismo las cuales debe seguir el notario para darle cumplimiento a la ley al momento de llevar un protocolo notarial como profesional del derecho y faccionar estos documentos que dan forma legal a la voluntad de las partes en determinas actos y contratos en que el notario interviene.

4.4.1 Apertura:

El protocolo se abre cada año, con la primera escritura que se facciona, la cual llevará siempre el numero uno, la que principiara en la primera línea del folio inicial (Arto. 12 código de notariado).

No es necesaria ninguna razón de apertura, solo es obligatorio el pago de cincuenta quetzales mas el impuesto al valor agregado en la tesorería del organismo judicial por derecho de apertura, Los fondos se destinan para la encuadernación y conservación de

Los protocolos depositados en el Archivo General de protocolos. (Arto. 11 Código de Notariado).

4.4.2 Contenido:

El protocolo contendrá: La escrituras públicas o matrices, las actas de protocolación, las razones de legalización de firma, la razón de cierre, el índice y los atestados.

4.4.3 Formalidades:

Las formalidades las encontramos en el Artículo 13º del Código de Notariado:

- a. Los instrumentos deben redactarse en español, escribirse a maquina o a mano de manera legible y sin abreviaturas.
- b. Los Instrumentos deben llevar numeración cardinal, escribiéndose uno a continuación de otro, en orden riguroso de fechas, y entre cada instrumento solo debe quedar espacio para las firmas.
- c. El protocolo debe llevar foliación cardinal, escrita en cifras.
- d. En el cuerpo del instrumento, las fechas, números o cantidades, se expresaran con letras. En caso de discrepancia entre lo escrito en letras y cifras prevalece lo escrito en letras.
- e. Los documentos que deban insertarse o las partes conducentes que se transcriban, se copia de manera textual.
- f. La numeración fiscal del papel sellado no podrá interrumpirse, salvo los casos de protocolaciones, o que se hubiere terminado la serie y se inicia una nueva.
- g. Los espacios en blanco que permitan intercalaciones se llenaran con una línea de que sea firmado el instrumento.

También debe tomarse en cuenta que son nulas las adiciones, enterrrenglonaduras y testados, si no se salvan al final, antes que el documento sea firmado. Las enmendaduras son prohibidas (Arto. 14 Código de Notariado).

4.4.4 Cierre:

El protocolo debe cerrarse cada 31 de diciembre de cada año, el último día del año natural, pero también puede cerrarse en cualquier momento que el notario deje de cartular.

El cierre es mediante una razón notarial, la cual debe contener: La fecha, el numero total de instrumentos autorizados, indicando cuantos de ellos son escrituras publicas, el numero de actas de protocolación, de razones de legalización de firmas, el numero de escrituras canceladas, si lo hubieren; así como el total de folios utilizados, observaciones si fueren necesarias y la firma del notario. (Ver arto. 12 Código de Notariado)

4.4.5 Índice:

Después de la razón de cierre, debe redactarse el índice, que según la ley de Guatemala debe hacerse en papel sellado del mismo valor del papel de protocolo, por no existir papel sellado, sino únicamente el de protocolo, el índice se elabora e n papel bond y debe contener en columnas separadas:

- El numero de orden del instrumento.
- El lugar y fecha de su otorgamiento.
- Los nombres de los otorgantes.
- El objeto del instrumento.
- El folio en que se inicia.

El índice es permitido utilizar cifras y abreviaturas, al final la fecha y la firma del notario, antes de suscribirlo podrá hacerse las observaciones si las hubiera. (Ver artículos 15 y 16 del código de Notariado).

4.4.6 Atestados:

Los atestados son los documentos que el notario agrega al final de su protocolo y tienen relación con los instrumentos autorizados y debe constar principalmente el recibo de pago de apertura, comprobantes de entrega de testimonios especiales, copias de avisos, recibos y solvencias (ver artículo 17 del código de notariado).

4.4.7 Empastado:

Dentro de los treinta días posteriores al cierre del protocolo el notario debe mandar a empastar el protocolo (Arto. 18 Código de notariado). El empastado puede hacerse en uno o más tomos, dependiendo de su volumen.

4.4.8 Deposito:

Principalmente estableciendo que el notario como profesional del derecho no es propietario del protocolo, ya que únicamente es depositario del mismo y responsable de su conservación. El hecho que sea el quien adquiera o compre el papel, no hace propietario del mismo.

Nuestra regulación legal en el código de notariado regula los cinco casos en que el notario debe dejar en depósito el protocolo a su cargo, en unos casos de manera temporal y otros en forma definitiva, siendo los siguientes:

- a. Por ausencia del país por tiempo menor a un año.
- b. Por ausencia del país por mas de un año.

- c. Por inhabilitación.
- d. Por entrega voluntaria.
- e. Por fallecimiento.

Es importante mencionar que estos cinco casos en que el notario deja en deposito el protocolo a su cargo los podemos encontrar en nuestro código de notariado en distintos artículos que en estos casos en particular no se encuentran en un solo articulo regulado.

En el primer caso, el Notario debe dejar depositado su protocolo en otro notario hábil, dando un aviso firmado y sellado por ambos Notarios al Archivo General de Protocolos. (Arto. 27 Código de Notariado). En estos casos el notario al cual le queda en depósito el protocolo, puede extender las copias o testimonios que fueran necesarios, ya que tiene la facultad para ello, ningún otro notario podrá hacerlo, pero desde luego no podrá autorizar escrituras en ese protocolo que le ha sido depositado. Mientras dura la ausencia del notario depositante, el depositario es responsable de la guarda y custodia de ambos protocolos, ya que la ley exige que sea también un hábil.

En el segundo caso, si la ausencia es por mas de un año, el protocolo debe depositarse en Archivo General de Protocolos, directamente si es el la capital, o por medio del juez de primera Instancia en los departamentos, quien lo debe remitir al Archivo. (Ver Artículo. 27 Código de Notariado). En estos casos, es el Director del Archivo General de Protocolos, es el único facultado para extender copias y testimonios.

En casos en que el notario quedare inhabilitado por cualquier causa, debe entregar su protocolo al Archivo General de Protocolos en la capital, o al juez de primera instancia en los departamentos, para que este los remita dentro de los ocho días siguientes al Archivo General de Protocolos. (Ver artículo 26 código de notariado).

En el cuarto caso, si un notario voluntariamente decide dejar de cartular, también puede hacer la entrega de los protocolos al Archivo General de Protocolos que podría ser en caso de que el notario por su edad, por alguna enfermedad, o por que simplemente no desea seguir ejerciendo tome tal decisión.

Y en el ultimo caso, del fallecimiento del notario, los albaceas, herederos, parientes, o cualquier persona que tuviere en su poder protocolos de un notario fallecido, deben depositarlos dentro de los treinta días siguientes al fallecimiento de dicho notario al Archivo General de Protocolos, si fuere en la capital de la ciudad, o al Juez de Primera Instancia, si estuviere en una cabecera departamental ; o al Alcalde, si estuviere en un Municipio; en esos casos, estos funcionarios deben remitirlo dentro de los ocho días siguientes del deposito al Archivo General de protocolos (ver articulo 23 Código de Notariado).

4.5 Finalidad del protocolo.

La intervención notarial que constituye jurídicamente los actos y negocios jurídicos y les da además fuerza probatoria puede llevarse acabo por dos procedimientos diferentes: o bien se entrega el documento notarial a la parte o partes que pueda interesar hacerlos valer (dejando una breve consignación en el registro notarial), o bien el documento original queda en poder del encargado de su custodia.

El primer procedimiento se usa en los países que, como Estados Unidos de América del Norte, confiere a la misión notarial un mero poder autenticador, Entre nosotros se usa también, no solo por los agentes oficiales de comercio, sino para aquellas actuaciones notariales que constituyen solo superposición de la fe pública a otro documento, para dar fe algún extremo del mismo y no de la totalidad de su conjunto y circunstancias en él contenidas (testimonio en general). Y aún por algunos autores se reclama que determinadas actas por su escasa complicación formal, su reducida trascendencia jurídica o la brevedad o rapidez de sus efectos (actas de

depósito, de protesto de letra, de requerimiento) se desglosen del protocolo y vayan a un libro indicador.

El segundo procedimiento es imprescriptible cuando se requiere prolongar la eficacia del documento, hacerlo duradero y, en la medida de lo posible, preservar su eficacia probatoria de los riesgos de la conservación de un funcionario especializado y responsable.

Por otra parte, aunque la fuerza probatoria del instrumento, no sea absoluta, y aun cuando normalmente los documentos no producen efectos sino ínter partes, la intervención oficial que los solemniza y la posibilidad de que afecten a los que no intervinieron en ellos, aconseja que tales documentos y se conserven y custodien por el representante del Estado que los autorizo.

En este caso muy particular que sabemos que el Estado le da fe pública al notario para redactar actos y contratos, para darle forma legal a la voluntad de las partes que interviene por disposición de la ley o requerimiento de parte es el notario el encargado de enviar el protocolo a la entidad encargada para su guarda y conservación que en nuestro país es Archivo General de Protocolos.

El protocolo es público, no es un patrimonio propio del notario, sino un depósito que el Estado le confía como consecuencia de su función, mas este carácter público, mejor dicho de propiedad pública, que tiene el protocolo, no equivale a que haya de serlo su contenido una cosa es la solemnización o intervención oficial de los actos privados y de los que infiere a quien corresponde la propiedad del protocolo y otra cosa es que los actos protocolizados hayan de guardarse con la debida reserva a quien impone de modo directo y de modo indirecto, que limita los derechos en orden de obtención de copias.

CAPÍTULO V

5. Negocio Jurídico.

5.1 Generalidades y definición del contrato.

Cuando hablamos del negocio jurídico o contrato es importante decir que hay varios aspectos que son importantes mencionar tales como, lo que es el hecho, hecho jurídico, acto y acto jurídico que son aspectos que dan nacimiento al negocio jurídico:

- a. Hecho: Es aquel cambio que sufre la naturaleza, sin la intervención del hombre y sin consecuencias jurídicas.
- b. Hecho Jurídico: Cambio que sufre la naturaleza, sin la intervención del hombre, pero con consecuencias jurídicas.
- c. Acto: Cambio de la naturaleza, con la intervención del hombre, pero sin consecuencias jurídicas.
- d. Acto Jurídico: Es todo cambio en el mundo sensorial, determinado por la voluntad de una persona que producen efectos jurídicos.

Cuando hablamos de acto jurídico, es importante ver que existen, actos jurídicos unilaterales que son cuando constituyen una declaración de voluntad, y bilaterales, cuando lo constituyen dos o más declaraciones de voluntad, dando nacimiento a lo que es el negocio jurídico, que es acuerdo de voluntades que producen consecuencias jurídicas.

Además podemos también decir que el negocio jurídico puede ser público y privado: es público cuando las personas actúan de soberanía y privado, cuando ninguno de los contratantes están investidos de soberanía.

Así mismo es importante dar una definición de contrato que en nuestro código civil en el artículo 1517 nos dice que el contrato es: El acuerdo de voluntades anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida (relación jurídica), modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial.

Para Castan Tobeñas el negocio jurídico es: “Como el acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigida a la producción de un determinado efecto jurídico y a los que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece.”

Existen dos presupuestos en lo que se refiere al negocio jurídico:

- a. El negocio jurídico como especie de acto jurídico: Debe entenderse que proviene del acto jurídico, es decir la constitución de una o más declaraciones de voluntad (negocio jurídico) cuyo efecto jurídico unilateral o bilateral produce un cambio en el mundo sensorial, (acto jurídico).
- b. El negocio jurídico como género del contrato: El negocio jurídico que en un momento fue especie del acto jurídico, se convierte frente al contrato en su género. El negocio jurídico se divide en actos patrimoniales y extramatrimoniales de carácter unilateral o bilateral. Es entonces que aparece el contrato, como acuerdo de dos o más voluntades que dan vida, modifican y extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial.

5.2 Evolución histórica.

En los tiempos anteriores al derecho de Romano, el contrato solo se manifestaba como una solución práctica al casus belli, provocado por el delito, concentrándonos al mundo jurídico del Pueblo-Rey, observamos que el contrato en ese derecho, tiene una

Significación especial, referida a aquellos supuestos en los que el acuerdo de voluntades podía producir plena obligatoriedad.

La mera convención se transformase en contractus era necesaria una causa civilis (causa civil).

En un primer momento se considero esencial la observación de una forma especial. Mas tarde se reconoció como validamente celebrado si había ejecución por parte de uno de los contratantes a titulo de crédito o mediante la transcripción de ellos en los libros de data. Por último (y como enlace del derecho moderno) se admitió excepcionalmente que para ciertos contratos bastase el solo acuerdo de voluntades.

La evolución del derecho romano determinó posteriormente el abandono del viejo rigorismo. La degeneración de las formas solemnes de la stipulatio, la inexistencia de la antigua forma de contrato literal, la creación de la categoría de los contratos innominados, la admisión de los pactos vestidos, hizo poco a poco descomponerse el sistema cerrado de los tipos contractuales y el inicio de un camino tendente a la admisión franca de una categoría abstracta y general del contrato, que va después a recibir su fuerza obligatoria por si mismo.

La obra se continuó en el derecho intermedio, y obtuvo franca realización en virtud de fuerzas de las más diversas naturaleza, como el cristianismo y el desarrollo del comercio.

De esta forma se llega a la Época Liberal, donde, por influencia de diversos factores de tipo doctrinal y político, se llega a la concepción que hemos vivido hasta la época presente, y caracterizada por la obligatoriedad y fuerza vinculante del contrato, nacida única y exclusivamente del acuerdo de voluntades; por la soberanía absoluta del mismo.

5.3 Principios de la contratación.

- a. Consensualismo.
- b. Formalismo.
- c. Autonomía de la Voluntad.

- a. Consensualismo: Es el acuerdo de voluntades para su perfección, El consentimiento es la piedra angular del contrato, formándose por el concurso de voluntades. Nuestro código civil lo recoge en su artículo 1581 que dice: Los contratos se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez. A su vez tenemos que el consentimiento es la manifestación de voluntad conforme entre la oferta y la aceptación y uno de los requisitos esenciales exigidos por los códigos para los contratos.

En esta definición que mencionamos anteriormente de lo que es consentimiento, tenemos que para el autor Cabanellas existen dos etapas del consentimiento que son:

- La Oferta: Cabanellas afirma, la oferta ofrece a su mayor interés jurídico, que constituye el consentimiento inicial de uno de los contratos o de quien desea serlo.
- La Aceptación: Cabanellas, la define como la manifestación del consentimiento concordé como productor de efectos jurídicos, constituye el acto de aceptación, que consiste en admitir la proposición hecha o el encargo conferido.

La aceptación y el consentimiento, pueden ser expresos o tácitos, son expresos cuando se formulan de palabra o por signos equivalentes, y son tácitos cuando, se infiere en acciones o hechos que permitan presumir que es a manifestación de la voluntad.

- b. Formalismo: Esto se refiere a que la voluntad de las partes debe ser plasmada por el notario, a través del instrumento público o documento jurídico que faccione y que hace formal el acto o contrato que se haga.
- c. Autonomía de la Voluntad: la libre estipulación de los intereses de las partes en el campo de las obligaciones se denomina principio de libertad contractual, Otros lo llaman dogma de la voluntad. La declaración de la voluntad es exteriorización del propósito de realizar un negocio jurídico.

5.4 Elementos del negocio jurídico contractual.

Podemos delimitar que en un sentido general y amplio, los elementos de un contrato lo constituyan sus componentes, sus partes. En un sentido formal sus principales y fundamentales principios que lo integran y contribuyen a su formación y validez. Los elementos de los contratos y de los negocios jurídicos en general, se han clasificado doctrinariamente en:

- Esenciales
- Naturales.
- Accidentales.

Los elementos esenciales, son aquellos necesarios para que exista cualquier negocio jurídico o un tipo determinado de negocio sin los cuales no puede existir; la falta de alguno de ellos conlleva a la ineficacia y nulidad absoluta del contrato. Con estos la causa y la declaración de voluntad, se agregan a ellos el objeto y la forma.

Los elementos naturales son aquellos elementos que normalmente acompañan al negocio jurídico, por ser conforme a su naturaleza se les sobreentiende aunque no se exprese, pero las partes pueden excluirlos voluntariamente por no ser necesarios.

Y *los elementos accidentales*, son aquellos elementos que se pueden dar o no en el negocio jurídico y que no son necesarios para que exista el negocio y normalmente se entienden contenidos en el, pero la voluntad de las partes, puede añadirse al negocio, son fundamentalmente accidentales de importancia. La condición, el plazo, el modo.

Antes mencionamos la clasificación de los elementos esenciales en forma doctrinaria, ahora mencionaremos los elementos esenciales legales del negocio jurídico, y que rigen en nuestra legislación como lo son:

- a. El Consentimiento.
- b. La Capacidad.
- c. El Objeto.
- d. La Causa.

- a. El Consentimiento: La palabra consentimiento viene del cum sentire, sentir en unión, es decir converger dos voluntades sobre un mismo punto. En nuestro código civil, en el Artículo. 1518, establece: “Que los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.”

También encontramos algunos vicios del perfeccionamiento o también llamados los vicios de la voluntad, que son:

- Error
- Dolo
- Simulación
- Violencia.

- b. La Capacidad: Según el Artículo. 1254 del código civil dice: “toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico,

salvo aquellas, a quienes la ley declare específicamente incapaces.” La incapacidad para contratar, en el artículo, 1255 del código civil dice: “la incapacidad relativa de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, si oportunamente la hubiere conocido.”

- c. El objeto: El objeto del negocio jurídico, debe reunir los siguientes requisitos: Que sea posible, que no sea contrario a la ley, a las buenas costumbres y a la moral.
- d. La causa: En sentido técnico, en derecho, la causa es la razón, justificativa de la eficacia de un acto, determinativa para la protección que la ley le concede al tutelar para sancionar los derechos y deberes que de el se derivan. La causa es el elemento constitutivo esencial de los contratos y negocios que contengan una atribución patrimonial que le confiere significado jurídico, señalando la finalidad que con este percibe y de la que depende la validez o, al menos la subsistencia de la ventaja patrimonial concedida.

5.5 Clasificación del negocio jurídico contractual.

En sentido gramatical clasificación significa: es coordinar o distribuir algunas cosas en sus clases:

Los contratos se clasifican en:

- a. Unilaterales y Bilaterales.
- b. Consensúales, formales y reales.
- c. Gratuitos y onerosos (onerosos conmutativos y aleatorios)
- d. Típicos o Nominados y atípicos o Innominados.
- e. De libre discusión y de adhesión.
- f. Principales y accesorios.

- g. De tracto único y de tracto sucesivo.
- h. Individuales y colectivos.
- i. Condicionales y absolutos.
 - a. Los contratos unilaterales, son los contratos en que la responsabilidad recae solamente sobre una de las partes. Entre los que encontramos la donación, comodato, mutuo, deposito. Y los contratos bilaterales, son los contratos en que ambas partes se obligan recíprocamente.
 - b. Los contratos consensuales se dan cuando basta con el consentimiento de las partes para que sea perfecto. Los contratos reales es aquel que además del consentimiento para su perfección necesita la entrega de la cosa. Y son formales los contratos, para los cuales la ley exige una determinada forma especial y predeterminada de expresar el consentimiento, cabe hablar de los contratos solemnes, los cuales deben realizarse en la forma que la ley exige para que tenga validez (generalmente es la Escritura Pública).
 - c. El Contrato gratuito es aquel, en que el provecho es solamente para una de las partes. Y son onerosos cuando en el contrato en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos. Se divide en conmutativos y aleatorios son conmutativos: cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause esté. Y onerosos aleatorios cuando las prestaciones depende, desde el momento en que ese acontecimiento se realice.
 - d. Los contratos típicos o nominados son los que tienen individualidad dentro de la ley. Son todos los que regula nuestro código civil, y los contratos atípicos o innominados: Son aquellos que carecen de un nombre jurista (nombre), es decir individualidad propia y de una regulación particular dentro de un sistema legal.

- e. Los contratos de libre discusión son aquellos contratos en que ambas partes pactan libremente las cláusulas de los mismos y los contratos de adhesión constituye una típica y cada vez más frecuentemente modalidad de la contratación, que se caracteriza por el hecho de que es una de las partes la que fija las cláusulas o condiciones debiendo ser iguales para todos, de lo contrario, su celebración se propone a quienes quieran participar en el, no tengan otra alternativa que aceptarlo o rechazarlo en su totalidad. Por consiguiente, adherirse o no a los términos del contrato preestablecido, sin posibilidad de discutir su contenido.

- f. Los Contratos consensuales, son los contratos que subsisten por si solos. Y los contratos accesorios se dan cuando tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación.

- g. Los contratos de tracto sucesivo, son los contratos que se cumplen en un solo acto, es decir que se ejecutan inmediatamente, también es llamado de Ejecución instantánea, las prestaciones se realizan de una sola vez en el momento de la conclusión del contrato o en otro momento establecido por las partes. Y los contratos de Tracto Sucesivo, también denominado, de ejecución sucesiva, es aquel en que las dos partes son de cumplimiento reiterado o continuo.

- h. Los contratos individuales son aquellos contratos en los que solo existen una parte acreedora y una parte deudora. Y los contratos colectivos son aquellos contratos en los que existe pluralidad en la parte acreedora y deudora.

- i. Los contratos son condicionales, cuya realización o cuya subsistencia depende de un suceso incierto o ignorado por las partes y son absolutos aquellos cuya realización es independiente de toda condición.

5.6 Contrato de mutuo bancario en particular.

El contrato de mutuo nuestro código civil lo define en el Artículo. 1942: “Es el contrato por el cual una persona entrega a otra dinero u otras cosas fungibles con el cargo de que se le devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad.”

Algo que es muy importante mencionar en el contrato de mutuo es lo que nos dice el código civil en su artículo 1946: “Salvo pacto en contrario, el deudor pagará intereses al acreedor y, a falta de convenio, se presumirá que las partes aceptaron el interés legal. Esto se refiere a que por lógica el banco cobrará una tasa de interés dependiendo de la tasa que cada uno tenga estipulada, por ende esto es fundamental ya que el banco que hace un préstamo dinerario al interesado es aquí en donde el banco obtiene beneficio económico y es el ser de los préstamos que la institución bancaria realiza”.

En el artículo 1947 del mismo código, dice una definición acerca de el interés legal: “Es igual al promedio ponderado de las tasas de interés activas publicas de los bancos del sistema al día anterior a la fecha de su fijación, reducido en dos puntos porcentuales. En defecto de su publicación o en caso de duda o discrepancia, se solicitara informe a la Superintendencia de bancos el cual tendrá carácter definitivo”.

El artículo 1948 del código civil siempre refiriéndonos al contrato de mutuo dice: “Las partes pueden acordar el interés que les parezca. Cuando la tasa de interés pactada sea manifiestamente desproporcionada con relación al interés corriente en el mercado, el juez podrá reducirlo equitativamente, tomando en cuenta la tasa que se menciona en el artículo antes mencionado y las circunstancias del caso. Aquí tenemos que tomar en cuenta que es aquí donde entra la voluntad de las partes de querer o no aceptar la tasa de interés que el banco le fije y así poder realizar el contrato”.

Otra excepción a este contrato en particular es que queda prohibida la capitalización de intereses. “Se exceptúa a las instituciones bancarias que se sujetaran a lo que sobre el particular establezca la junta Monetaria” esto nos dice el artículo 1949 del código civil (Artículo 117 del decreto-ley 218), por lo tanto como el tema que tocamos es préstamo bancario si corre esta regla si se puede capitalizar a interés.

Una característica del contrato mutuo que es importante mencionar es que si en el contrato no se ha fijado plazo para la restitución de lo prestado, se entenderá que es de seis meses si el mutuo consiste en dinero, generalmente esto aplica cuando se lleva acabo este contrato entre particulares y no una institución bancaria. El Artículo 1951 del código civil (Art. 118 del decreto- Ley 218) dice: “En los préstamos de dinero el pago de los intereses caídos o de los incurridos después del vencimiento de plazo, no implicara prorrogación de este.” Por tal razón creo estas características son esenciales y muy importantes conocer cuando hablamos del contrato de mutuo y máxime cuando estamos celebrando un contrato de mutuo entre particulares o una institución bancaria, ya que estos aspectos son fundamentales para las partes, al saber que beneficios y que obligaciones y responsabilidades tiene al momento de celebrar el contrato.

Cuando relacionamos el contrato de mutuo bancario con el principio de unidad de acto, tenemos que tomar en cuenta que el principio de unidad de acto que es el tema de la presente investigación se relaciona con el contrato de mutuo bancario en particular ya que es un principio que fundamenta la contratación en este caso.

Pero para empezar hablando del contrato que se va a llevar acabo, es importante que la persona o interesado que se acerca a un banco con el fin de solicitar un préstamo tiene que tomar en cuenta que la institución bancaria esta obligada a pedir varios requisitos antes de celebrar dicho contrato y se lleva acabo el fin del contrato (el Préstamo) entre las dos partes. Para autorizar el préstamo entre los requisitos que nosotros podemos mencionar:

- a. Que sea una persona mayor de edad.
- b. Con capacidad para contratar. (no declarado en estado de interdicción)
- c. Que tenga recursos para poder pagar el préstamo que solicita.
- d. Que perciba un sueldo o una cantidad de dinero mensual dependiendo de la cantidad que sea prestada por el banco.
- e. Cumplir con los requisitos que el banco le solicita ya sea un préstamo hipotecario, pues por consiguiente tener algún inmueble que lo respalde o fiduciario, tener a una persona que elija el interesado para poder responder de la deuda en caso de que el mutuario no lo pueda hacer.
- f. Y documentos Personales tales como cédula de vecindad, estados de cuenta, así como recibos de pago.
- g. Por ultimo llenar los formularios que el banco lo solicite a la persona.

Una vez que el interesado cumple los requisitos entramos a la parte jurídica en donde el departamento jurídico del banco debe tomar en cuenta todos los requisitos que el interesado presto para poder optar al préstamo para saber si es apto o no, por consiguiente una vez aprobado el préstamo se procede a faccionar la escritura pública que le dará forma legal a la voluntad de las partes es decir con esto nacerá a la vida jurídica, en el contrato se va a materializar la voluntad de las partes.

Pero es importante mencionar la relación de el principio con el contrato de mutuo, cuando se facciona el instrumento público, la escritura debe ser firmada por ambas partes y así materializar su consentimiento y el notario dar fe de que aceptan dicho contrato, esto se debe hacer en un solo acto como el principio nos indica, aquí vemos la importancia de el principio de unidad de acto y lo que representa que esto se haga de esta forma.

En contrario a lo que el principio nos dice que los notarios deben respetar este principio para dar fe, seguridad, valor y plena prueba de lo que se esta llevando acabo sea legal entre los contratantes, muchas veces este principio no se cumple ya que al

Realizar la escritura el notario deja la minuta para que las partes separadamente por lo tanto se estaría violando este principio y por lo mismo la unidad de acto en el contrato.

5.6.1 Naturaleza jurídica:

- a. Derecho Romano: Distinguieron el contrato de mutuo y el de comodato, pero, en el fondo de las mismas nacía una misma razón esencia, ya que en los dos contratos una persona entrega a otra una cosa.
- b. Concepción genérica o unitaria: De lo anterior surge una cantidad por yuxtaposición, los tratadistas formaron el concepto del préstamo, uniendo los dos aspectos contractuales estudiados.
- c. Teorías modernas: Los autores sostienen que es hora de volver a dotar a cada institución de los perfiles propios y diferenciados.

5.6.2 Características.

- a. Real
- b. Unitario
- c. Traslativo de Dominio

5.6.3 Elementos:

- a. Elementos Personales:

Mutuante: Prestamista, el que entrega algo.

Mutuario o Prestario: el que recibe

- b. Elementos Reales: Son objetos de este tipo de contrato el dinero y las cosas fungibles.

- c. Elementos Formales: Si excede de trescientos quetzales debe constar por escrito.

5.6.4 Requisitos:

- a. Se debe fijar plazo para la restitución que es de seis meses
- b. Las partes pueden acordar el interés que les parezca.
- c. Si excede de trescientos quetzales debe constar en escritura pública.

5.6.5 Efectos:

Obligaciones del Mutuante:

- a. Entregar la cosa objeto del Mutuo, en el lugar y tiempo convenidos.
- b. Responder de los perjuicios que sufra el mutuario por la mala calidad de la cosa o vicios ocultos que ella tenga.

Obligaciones del Mutuario:

- a. Devolver el objeto del mutuo en el plazo, modo, lugar convenidos.
- b. Pagar los intereses estipulados.

CONCLUSIONES

1. El contrato de mutuo, es un contrato civil de amplia difusión en Guatemala y en la práctica para el profesional del derecho, ya que muchas personas utilizan dicho contrato para satisfacer sus necesidades materiales.
2. La unidad de acto es un principio que se aplica al contrato de mutuo bancario para darle solemnidad y seguridad al acto y contrato celebrado entre particulares ya que nos es lógico que el contrato se firme un día por uno de los otorgantes y otro día por otro ya que se estaría incumpliendo la unidad de acto que debe tener este contrato.
3. El profesional del derecho como persona encargada de faccionar el instrumento público y así materializar la voluntad de las partes debe velar por que se cumpla el principio de unidad de acto en el contrato de mutuo bancario.
4. En el contrato de mutuo el principio de unidad de acto sirve para que al momento de materializar la voluntad de las partes le de la solemnidad y seguridad que este contrato requiere.
5. El principio de unidad de acto no esta regulado ya que no existe un ordenamiento legal que lo contenga y por lo tanto los notarios no incurrir en ninguna multa o sanción al no cumplirlo, es por eso que es obligación propia del notario cumplirlo.

RECOMENDACIONES

1. Que los profesionales del derecho cumplan y respeten los principios generales del derecho notarial y en particular mencionen el principio de unidad de acto al celebrar un contrato de mutuo bancario entre los interesados.
2. Que los estudiantes de derecho se interesen en el estudio de los principios generales del derecho notarial y su aplicación en los diferentes actos y contratos en que el notario interviene a requerimiento de parte o por disposición de la ley ya que los principios constituyen la base del derecho notarial.
3. Que las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales a través de los catedráticos y el Colegio de Abogados fomenten tanto a profesionales como a los estudiantes, el cumplimiento de los principios generales del derecho y en especial al principio de unidad de acto en el contrato de mutuo bancario.
4. Que el departamento jurídico las instituciones bancarias que otorgan préstamos dinerarios a personas individuales o colectivas velen por el cumplimiento de la unidad de acto al momento de que las partes interesadas en el contrato firman para que existe seguridad, certeza y credibilidad del acto y del contrato que se lleva a cabo.
5. Que la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales a través de la Universidad de San Carlos proponga la iniciativa de ley para la creación de un reglamento en donde estén contenidos los principios generales del derecho notarial y su aplicación a los diferentes actos y contratos donde el notario facciona documentos notariales en la práctica profesional.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO ESPAÑA, Ruth Emilza. **Elementos naturales del negocio jurídico y su importancia y su diferencia con los elementos esenciales**, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1999
- ÁVILA ALVAREZ, Pedro. **Estudios de derecho notarial**. 3ra. ed.; Barcelona, España: Ed. Nauta (s.f).
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1998.
- GIMENEZ ARNAU, Enrique, **Derecho notarial**. 2da. ed.; Universidad de Navarra, España: (s.e), 1976.
- GONZALES PALOMINO, José. **Instituciones de derecho notarial**, Madrid, España: (s.e.) ,1948.
- MUÑOZ, Nery Roberto, **Introducción al estudio del derecho notarial**, 7ma. ed.; Guatemala C.A. (s.e.), 2000.
- MUÑOZ, Nery Roberto, **El Instrumento público y el documento notarial**, 6ta. ed.; Guatemala C.A: (s.e.), 2000.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1999.
- PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, **Derecho notarial**, México: Ed. Porrúa, 2da. ed. ,1983.
- PELOSI, Carlos A. **El documento notarial**, Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1980.
- Real Academia Española. **Diccionario de lengua española**. Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, S.A. 1994.
- Legislación.**
- Constitución Política de la Republica de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la Republica de Guatemala, Decreto Ley 106,1964

Ley del Organismo Judicial, Congreso de la Republica, Decreto Numero 2-89, 1989

Código de Notariado, Congreso de la República, Decreto Numero 314.