

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



**LA INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN EN LAS ESCRITURAS
PÚBLICAS OTORGADAS POR ENTIDADES BANCARIAS**

LUIS FERNANDO MALDONADO MÉRIDA

GUATEMALA, JUNIO DE 2006

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

**LA INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN EN LAS ESCRITURAS
PÚBLICAS OTORGADAS POR ENTIDADES BANCARIAS**

TESIS

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

Por

LUIS FERNANDO MALDONADO MÉRIDA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Junio de 2006

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Cesar Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente:	Lic. Ronald Manuel Colindres Roca
Vocal:	Lic. Luis Alberto Pineda Roca.
Secretario:	Lic. David Sentés Luna

Segunda fase:

Presidente:	Licda. Mayra Yojana Véliz
Vocal:	Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
Secretario:	Licda. Viviana Nineth Vega Morales

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

DEDICATORIA

A DIOS:

Nuestro padre celestial creador del Universo, por ser mi fortaleza, permitir alcanzar mis metas, ser parte de mí existir, y por darme lo que siempre le pedí ya que sin él nada es posible en esta vida.

A MI MADRE:

Elia Yolanda Mérida Pérez, por hacer de mi una persona de bien guiando mis pasos día con día, mujer que más amo en la vida, además de representar un ejemplo de trabajo y admiración, como una pequeña recompensa a tan grande esfuerzo.

“Quien como esa mujer que nos brinda cariño y amor desde el momento que somos concebidos en su vientre, nos ve crecer, formarnos como hombres y alcanzar las metas que nos hemos trazado en base a sus consejos y ayuda desinteresada, por eso y por mucho más gracias mamá.”

A MI HIJO:

Luis Fernando, por ser la luz de mis ojos y motivo de inspiración para seguir adelante.

A MIS HERMANAS:

Elia Patricia y Astrid Yolanda, por su apoyo incondicional, este triunfo es de los tres.

A MIS ABUELOS:

Adrián Natividad Mérida (Q.E.P.D) y Marta Cristina Pérez Baltazar, quienes me han brindado cariño y amor de padres, Dios los bendiga siempre.

A MIS SOBRINAS: Astrid Ana Cecilia, Dulce Patricia, y Samaria Anaí, que represente un camino a seguir.

A MIS TÍOS: William Ciriaco, Reyna Margarita, Ana Candelaria, Thelma Mildred, Marta Elcira y Bladimir Alejandro, por sus muestras de cariño.

A MIS PRIMOS: Danilo Alejandro, Cristian Steev, Alberto Adrián, Jorge Irineo, Reyna Estela, Mildred Estela, Edison Horacio, Hansel David y Yenifer Vanesa, con especial aprecio.

A LA FAMILIA NOJ PÉREZ: Por abrirme las puertas de su hogar, brindarme cariño y permitir sentirme como en casa.

A MIS AMIGOS: Rudy Fuentes, Fredy Robledo, Alberto Pereira, Rodolfo Díaz, Hugo Bautista, Walter Marroquín, Rudy Cotóm, Carlos Alvarado, Max Ochoa, Sheila Monzón, Evelyn Valiente y Arnoldo Guerra, por compartir mis alegrías, tristezas y triunfos.

A MIS COMPAÑEROS: Para seguir adelante y no desmayar en las metas trazadas.

A: La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala y muy especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por los conocimientos brindados y hacer de nosotros hombres luchadores y forjadores de un futuro mejor para Guatemala.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho notarial.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Elementos del derecho notarial	3
1.2.1. La organización del notariado	3
1.2.2. La función notarial.....	5
1.2.3. La teoría formal del instrumento público	7
1.3. Características.....	7
1.4. El Notario.....	9
1.4.1. Función receptiva.....	13
1.4.2. Función directiva o asesora	14
1.4.3. Función legitimadora.....	14
1.4.4. Función modeladora	14
1.4.5. Función preventiva.....	15
1.4.6. Función autenticadora.....	15
1.5. Responsabilidades del notario.....	16
1.5.1. Responsabilidad civil.....	17
1.5.2. Responsabilidad penal	18
1.5.3. Responsabilidad disciplinaria.....	19

CAPÍTULO II

2. Principios propios del derecho notarial	21
2.1. Diferentes acepciones	21
2.2. Definición.....	23

	Pág.
2.2.1. Principio de autenticación	24
2.2.2. Principio de consentimiento unánime.....	25
2.2.3. Principio de fe pública	27
2.2.4. Principio de imparcialidad	33
2.2.5. Principio de la forma	34
2.2.6. Principio de publicidad	35
2.2.7. Principio de rogación.....	37
2.2.8. Principio de seguridad jurídica	38
2.2.9. Principio de unidad del acto	39
2.3. Principio de intermediación notarial	41
2.3.1. Definición	41
2.3.2. Finalidad	43

CAPÍTULO III

3. La escritura pública	45
3.1. Consideraciones	45
3.2. Fines y funciones del instrumento público	47
3.2.1. Características del instrumento público	48
3.2.2. Clasificación de los instrumentos públicos.....	49
3.2.3. Forma del instrumento público	50
3.3. Definición.....	52
3.3.1. Elementos de la escritura pública	55
3.3.2. Requisitos de la escritura pública.....	56
3.3.3. Partes o estructura de la escritura pública	58
3.3.4. Participantes	60
3.4. Clasificación de la escritura pública.....	62
3.5. Efectos de la escritura pública.....	64
3.6. Nulidad o invalidez de la escritura	65
3.7. Invalidez o nulidad del negocio jurídico	66

	Pág.
3.8. La técnica notarial.....	68
3.9. Modelo de una escritura pública.....	70

CAPÍTULO IV

4. Fundamentos a considerar en la inobservancia del principio de intermediación en las escrituras públicas otorgadas por entidades bancarias.....	73
4.1. La actividad notarial relacionada con el sistema bancario.....	73
4.2. El problema del ante mí, sin la intermediación física del notario	75
4.3. La representación	76
4.3.1. Definición	76
4.3.2. Representación legal	77
4.3.3. Representación por notoriedad.....	77
4.3.4. Representación orgánica	78
4.3.5. Representación necesaria	78
4.3.6. Representación de un banco	79
4.4. Disposiciones legales	79
4.5. Su interpretación	81
4.6. Uso de las minutas	86
4.7. Su importancia	88
 CONCLUSIONES.....	 93
RECOMENDACIONES	95
ANEXO A	99
ANEXO B	109
BIBLIOGRAFÍA	113

INTRODUCCIÓN

La inobservancia de los principios del derecho notarial pero en especial del de intermediación es un problema que precisa nuestra atención, pues el mismo ha gravitado en la comunidad jurídica desde muchos años atrás y continúa en la actualidad, apareciendo como una violación, vicio o costumbre de las normas jurídicas que guían la función notarial.

La violación de las normas jurídicas y de los principios que informan al derecho notarial, lleva a consecuencias jurídicas severas tanto para el notario como ente asesor, interpretador, legitimador y autenticador de las relaciones contractuales como para las partes sin las cuales el negocio jurídico no tendría razón de ser, lo que acarrea que los instrumentos públicos sean atacados de nulidad o falsedad, poniendo en duda tanto la fe pública del Notario como la voluntad de las partes al materializarse el instrumento.

Como suele suceder desde el momento en que una persona acude a una institución bancaria para solicitar un crédito, el contacto físico con los representantes legales de ésta es mínimo o casi nulo, ya que todo se tramita indirectamente por medio de minutas y formularios que la Institución proporciona a la persona interesada, los cuales presentan al notario para la asesoría legal correspondiente; una vez cumplidos los requisitos establecidos se devuelven los documentos a la entidad bancaria para la aprobación correspondiente previo un estudio interno manejado en base a reglamentos del banco. Un vez agotado éste trámite y aprobado el negocio jurídico, se devuelve la documentación nuevamente al Notario para que faccione la escritura pública correspondiente, haciéndolo éste, sin la presencia física del representante legal de la entidad bancaria, paso seguido el notario hace llegar el instrumento público faccionado al departamento jurídico del banco para que sea otorgado y firmado por dicho representante todo por ende no ocurre en presencia del notario, violándose así a todas luces el principio de intermediación notarial.

Es por ello que los notarios deben llevar un estricto control y especial pericia al momento de autorizar un negocio jurídico, dando cumplimiento a las leyes que imperan en nuestra legislación para no inmiscuirse en una serie de sanciones y violaciones posteriores que traerían responsabilidades para el propio notario, los contratantes y terceros que se vean afectados; dotando así de garantía al instrumento público autorizado y de seguridad y certeza jurídica al acto o contrato que se realice.

En ese contexto, el problema planteado para la presente investigación se definió así: ¿Cuáles son las causas por las que no se observa el principio de intermediación notarial al momento de autorizar las escrituras públicas otorgadas por entidades bancarias?

El marco teórico que fundamentó la investigación fue, esencialmente el que establece que los principios propios del derecho notarial comprenden *aquel conjunto de fundamentos, bases directrices, orígenes, o razones constituyendo un proceso de transformación provenientes de la legislación o de la jurisprudencia sobre los cuales descansa la existencia de esta rama del derecho, que regulan la solución de posibles conflictos y le dan firmeza y soporte al instrumento público, como obra final*. La atención se centro en el principio de intermediación notarial que supone entonces, un vínculo de hecho directo entre el Notario y las partes, y que, por tanto, éstas deben hallarse bajo la dependencia inmediata del funcionario actuante; contrariamente, el Notario no podrá valorar las declaraciones y menos podrá percibir la capacidad e identidad que es forzoso acreditar, por lo que es un imperativo de derecho que en la función notarial se evidencia plenamente, y que nunca podrá prescindirse de ella.

La hipótesis que se planteó fue: El sobrecargo de trabajo y el alto número de solicitudes que se presentan a las entidades bancarias del país, es el factor determinante para la inobservancia del principio de intermediación notarial al otorgarse las escrituras públicas. Todo esto ha dado como resultado que no solamente la masiva anuencia de solicitantes que se presentan a las diferentes entidades bancarias haga

imposible la comparecencia física del representante legal ante el notario al momento de otorgar la escritura pública correspondiente, sino que, todo esto es llevado como una mala práctica o costumbre por parte de los Notarios fedatarios, poniendo en riesgo en todos los casos en negocio jurídico existente.

Los objetivos generales fueron los siguientes: Establecer las causas por las cuales no se cumple con la observancia del principio de intermediación notarial en los instrumentos públicos otorgados por entidades bancarias; Establecer si la buena fe con la cual se otorgan los negocios jurídicos, es suficiente para mantener la seguridad jurídica de los instrumentos públicos otorgados. Los específicos: Determinar porque el principio de intermediación notarial es violado constantemente por los profesionales del derecho al momento de faccionar una escritura pública en la cual comparece una entidad bancaria; Establecer el grado de responsabilidad en que incurren los representantes legales de las entidades bancarias al no comparecer personalmente ante el Notario al otorgamiento de las escrituras públicas.

Los supuestos de los que partió la investigación fueron: a) La intervención del Notario en la vida jurídica de la sociedad es de gran importancia por la fe pública de que está investido, por lo que éste debe de observar rigurosamente la ley y los principios notariales que rigen su actividad; b) El derecho notarial es rigorista de acuerdo con el derecho civil para determinados actos o contratos por lo que la inobservancia de los preceptos inmersos en ellos representa una marcada violación al ordenamiento jurídico; c) Las personas sean individuales o jurídicas al momento de otorgar el acto o negocio jurídico deben de comparecer personalmente o por medio de sus representantes legales, de no ser así el instrumento y el contrato no tendría validez, y puede ser atacado de nulidad o falsedad y traer consecuencias jurídicas.

Los métodos aplicados para la realización de la presente monografía fueron el analítico-sintético y el comparativo; respecto a las técnicas se emplearon las bibliográficas y documentales.

La investigación se dividió en cuatro capítulos: el primero, destinado al estudio del derecho notarial; el segundo aborda el tema de los principios propios del derecho notarial; el tercero se adentra a la escritura pública; en el último de ellos se realiza el análisis de los fundamentos a considerar en la inobservancia del principio de inmediación en las escritura públicas otorgadas con entidades bancarias.

Con base de ello se formularon las conclusiones y recomendaciones correspondientes, con las cuales se comprobó la hipótesis planteada y se alcanzaron los objetivos propuestos.

CAPÍTULO I

1. Derecho notarial

1.1. Definición

Esta rama del derecho reviste gran importancia en el que hacer del Notario, ya que éste desempeña una función muy importante dentro de la sociedad guatemalteca debido a la fe pública de la cual está investido; por ello que debe de velar por el total y eficaz cumplimiento de las leyes y principios que regulan su actuación, por lo que consideramos importante dedicarle un espacio en el presente trabajo, tratando de abordar así, el conocimiento básico del cual se requiere para una mayor comprensión.

Existen muchas definiciones acerca del derecho notarial, entre las más relevantes encontramos las siguientes:

Enrique Giménez Arnau, manifiesta que: “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 público.”¹

Por su parte, Oscar Salas Marrero al abordar el tema nos indica que: “El derecho notarial puede ser definido como el conjunto de doctrinas y normas jurídicas que regulan la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público.”²

Núñez Lagos, se refiere al derecho notarial “como el conjunto sistemático de los conceptos y preceptos que regulan el instrumento público y la actividad

¹ Giménez Arnau, Enrique, **Derecho notarial**, pág. 30.

² Salas Marrero, Oscar A, **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**, pág. 15.

documental del notariado.”³

El derecho notarial es concebido además “como el conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio de la profesión de Notario o escribano”⁴

Definimos al derecho notarial *como la rama del derecho privado*, respetando el criterio de aquellos autores que lo ubican dentro del derecho público o hacen referencia a una teoría que lo ubica como autónomo, *que comprende un conjunto de normas jurídicas, principios, doctrinas e instituciones que regulan la organización del Notario, la función notarial y la teoría formal del instrumento público.*

Prescindiendo de las formas exclusivamente verbales testamento abierto ante testigos, en peligro de muerte, etc., son de innegable evidencia en el derecho actual ciertas manifestaciones de formalismo típico pero sin Notario como el testamento ológrafo, letra de cambio, etc. El derecho notarial dentro de las formas antes vistas pertenece a aquellas escritas (documentales) intervenidas por el profesional del derecho investido para el efecto. Éste se refiere pues, a las formas documentales y funcionalistas y es por lo tanto todo un derecho documental, referido a una clase especial como lo son los documentos públicos y dentro de éstos, a la categoría más típica y restringida: a los instrumentos públicos.

Quedan expulsadas así del derecho notarial las formas verbales u orales, las escritas que no constituyen documentos públicos y las públicas intervenidas por funcionarios que no sean Notarios, jueces, funcionarios administrativos, etc. Existiendo como rama particular del derecho positivo por virtud de estos antecedentes: 1º. Tiene historia propia; 2º. La institución en razón de sus perfiles propios se ha mantenido en individualidad a través de los tiempos, sin perder su

³ Núñez Lagos, Rafael, **Estudios de derecho notarial**, pág. 22.

⁴ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 223.

fisonomía y sí, más bien, acentuándola cada vez más con aportes científicos y técnicos; 3º. Han existido y existen leyes, reglamentos y normas jurídicas que disponen su organización y regulan su funcionamiento propio. 4º. Ha persistido la enseñanza de la ciencia y el arte notariales como una disciplina científica o especialidad perfectamente definida. 5º. El notariado como profesión o función pública se ha organizado en forma tal que se logra una gran distinción con otras profesiones o funciones públicas relacionadas con las ciencias jurídicas.

1.2. Elementos del derecho notarial

1.2.1. La organización del notariado

Este elemento de gran importancia dentro del derecho notarial comprende la serie de requisitos habilitantes e impedimentos legales y disciplinarios que posibilitan al Notario poder ejercer su profesión; asimismo, refiere la competencia notarial, a la vez las responsabilidades del Notario de tipo civil, penal, administrativa y disciplinaria a que está sujeto. Requisitos e impedimentos se encuentran regulados en el Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República en sus Artículos 2, 3 y 4., y en el Artículo 90 de la Constitución Política de la República de Guatemala que literalmente norman:

“Artículo 2o. Para ejercer el notariado se requiere: 1. Ser guatemalteco natural, mayor de edad, del estado seglar, y domiciliado en la República, salvo lo dispuesto en el inciso 2o. del Artículo 6o. 2. Haber obtenido el título facultativo en la República o la incorporación con arreglo a la ley. 3. Haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación, y la firma y sello que usará con el nombre y apellidos usuales. 4. Ser de notoria honradez.”

“Artículo 3o. Tienen impedimento para ejercer el notariado: 1. Los

civilmente incapaces. 2. Los toxicómanos y ebrios habituales. 3. Los ciegos, sordos o mudos, y los que adolezcan de cualquier otro defecto físico o mental que les impida el correcto desempeño de su cometido. 4. Los que hubieren sido condenados por alguno de los delitos siguientes: falsedad, robo, hurto, estafa, quiebra o insolvencia fraudulenta, cohecho e infidelidad en la custodia de documentos, y en los casos de prevaricato y malversación que señalan los Artículos 240, 241, 242, 243, 244 y 288 del Código Penal.”

“Artículo 4o. No pueden ejercer el notariado: 1. Los que tengan auto de prisión motivado por alguno de los delitos a que se refiere el inciso 4o. del Artículo anterior. 2. Los que desempeñen cargo público que lleve aneja jurisdicción. 3. Los funcionarios y empleado de los Organismos Ejecutivo y Judicial y de las municipalidades que devenguen sueldos del Estado o del municipio y el Presidente del Congreso de la República. 4. Los que no hayan cumplido durante un trimestre del año civil, o más, con las obligaciones que impone el Artículo 37 de este Código. Los Notarios que se encuentren en este caso podrán expedir los testimonios especiales atrasados con los requisitos que establece este Código, a efecto de subsanar dicho impedimento.”

“Artículo 90. *Colegiación Profesional.* La colegiación de los profesionales universitarios es obligatoria y tendrá por fines la superación moral, científica, técnica y material de las profesiones universitarias y el control de su ejercicio.

Los colegios profesionales, como asociaciones gremiales con personalidad jurídica, funcionarán de conformidad con la Ley de Colegiación Profesional obligatoria y los estatutos de cada colegio se aprobarán con independencia de las universidades de las que fueren egresados sus miembros.

Contribuirán al fortalecimiento de la autonomía de la Universidad de San Carlos de Guatemala y a los fines y objetivos de todas las universidades del país.

En todo asunto que se relacione con el mejoramiento del nivel científico y técnico cultural de las profesiones universitarias, las universidades del país podrán requerir la participación de los colegios profesionales.”

1.2.2. La función notarial

El lenguaje instrumental es eminentemente jurídico adecuado a la figura del negocio o acto, además, por tratarse de un acuerdo nace espontáneamente la necesidad del asesoramiento funcional; éste es tan antiguo que lo encontramos en el tabelión romano y más aún en la escritura egipcia mucho antes de la atribución de fe pública. Este conjunto se imbuje de una mentalización pacífica para el logro de los tres objetivos que supone: *la forma constituida y probatoria de hechos y dichos.*

Al referirnos a ésta función lo hacemos de una manera escueta, ya que mas adelante se desarrollarán cada una de las actividades que realiza el Notario en su función como tal, estableciéndose con ello que la función notarial es concebida como la serie de actividades que realiza el Notario llamada también que hacer notarial, puesto que a través de ella cobran vida y se convierten en un instrumento valioso que modela periódicamente las relaciones humanas, regulándose en este punto lo relativo a la determinación de los efectos jurídicos que produce el ejercicio de la potestad autenticadora del profesional del derecho, así también los diversos mecanismos por medio de los cuales se manifiesta el derecho notarial.

Este instrumento que da forma a hechos y voluntades de mutuo acuerdo, constituye para las partes y les proporciona prueba suficiente en caso de

incumplimiento, ha dado origen a la función notarial. ¿Y cómo debe ser esa función? Por el principio de respuesta a su propio génesis, las características deben adecuarse eminentemente a los tres objetivos: *forma, sustancia y prueba*, pero no en cualquier campo, sino en un sector de la vida jurídica.

En consecuencia, se reconoce como una función jurídica y legal la explicación profunda de la causa, por la cual, las normas regulan la función notarial directa o indirectamente, y con más o menos perfección en que ella cubre una necesidad existencial del ser humano considerado en sí mismo y en su relación social, por lo que decimos que mientras existan personas con tales apetencias la función notarial existirá.

Las apetencias normales del hombre dentro de la sociedad siempre van encaminadas a mantener la paz, el encaje de vida de la persona y la protección de sus bienes generan ciertas discrepancias de acuerdo a su posición legal respecto de cada sujeto jurídico. Esa paz singulariza en la función notarial una característica acentuada, se trata de una función lingüística que permite la constitución de los derechos emergentes de ciertos contratos importantes como las hipotecas, las transferencias y además, en la exteriorización de voluntades negociales sean unilaterales o no, tal es el caso de los testamentos, poderes, etc.

Con esto decimos que las normas que justifican la creación de la función notarial son de derecho privado, de carácter material o sustantivo, regulando los requisitos que rigen la función en todas sus fases ya que en ellas interviene directamente el Notario mediante la rogación de las partes, aplicándolas en el proceso de formación y autorización del instrumento público.

1.2.3. La teoría formal del instrumento público

Este elemento reviste gran importancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ya que el derecho notarial se encuentra comprendido por una gama de normas relativas a la realización del instrumento público, mismas que son de tipo adjetivo o formal, de las cuales podemos mencionar: *el protocolo, la escritura pública, el acta notarial*.

Adentrándonos en el objeto y el contenido del derecho notarial, como lo es, la creación del instrumento público y la actividad del Notario hacia las partes en el momento de su autorización, es evidente el lazo de unión existente y dependiente de ambos sujetos, por lo que de ninguna manera puede concebirse la existencia del derecho notarial y por ende la elaboración y autorización del instrumento público sin la aparición del profesional del derecho destinado para el efecto y las partes requirentes, no dejando por un lado lo que es sabido por todos que la relación del Notario con las partes es exclusivamente contractual.

Lo anterior equivale a poner de manifiesto que hay dos columnas sobre las que se erige el derecho notarial: *el Notario y el instrumento público*. Así como en el derecho civil existe una relación de persona a bien, en el derecho notarial la persona es el Notario y el bien el instrumento público. El documento sin la firma del Notario no pertenece al derecho notarial. La actividad del Notario sin documento en potencia o en acto, es extraña al derecho notarial, por lo mismo, el documento, como la cosa en el derecho Civil, es el elemento esencial, principal y final del derecho notarial.

1.3. Características

Oscar Salas Marrero, “establece que entre las principales características del derecho notarial encontramos las siguientes:

- Este actúa dentro de la llamada fase normal del derecho, puesto que no existen derechos subjetivos en conflicto, ya que el desarrollo del ejercicio profesional del Notario es y será siempre de jurisdicción voluntaria; porque al hablar de *litis* o *conflicto*, nos adentramos en el campo y actuación de los abogados;”⁵ “por tal razón el derecho notarial es un instrumento que coadyuva al proceso de creación de las normas jurídicas.”⁶
- “Confiere certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos solemnizados en el instrumento público, derivados de la fe pública de la cual está investido el Notario.
- Aplica el derecho objetivo condicionado a las declaraciones de voluntad y a la ocurrencia de ciertos hechos de modo que se creen, concreten o robustezcan los derechos subjetivos; siempre y cuando exista requerimiento, interés, necesidad y creación del instrumento público en el cual se hagan constar.
- Es un derecho cuya naturaleza jurídica no puede encasillarse en la tradicional división entre el derecho público y el derecho privado, por lo que algunos autores sostienen que se relaciona con el *derecho público* en cuanto los Notarios son encargados de una función pública en base a la fe pública de que están investidos, y con el *derecho privado* porque la función que ejerce el Notario se hace dentro de la esfera de los derechos subjetivos de los particulares, lo que sí es cierto es que la vinculación es con ambos.”⁷ No olvidando que existen autores como que sostienen que: “el derecho notarial es autónomo, ya que el Notario es un profesional y posee una función legitimadora desligado totalmente de la burocracia

⁵ Salas, **Ob. Cit**; pág. 15.

⁶ Sanahuja y Soler, **Tratado de derecho notarial**, pág. 113.

⁷ Salas, **Ob. Cit**; pág. 15.

estatal.”⁸ Al hablar de autonomía del derecho notarial se tienen que apreciar determinadas condiciones, de las cuales los juristas más connotados y estudiosos de esta rama del derecho no han llegado todavía a una conclusión uniforme, por lo que es preciso poner en juego diversos razonamientos, puesto que sin ellos no se percibe cuáles son los presupuestos que se tienen que acreditar. Se ha dicho sensatamente que el carácter de autonomía lo da la existencia de principios generales comunes a toda materia, o especiales de la misma, que sirven para conferir una unidad propia y diferenciada de las otras. Así vemos que es necesario y suficiente como condiciones: un cuerpo orgánico de amplia doctrina, homogéneo, dominado por conceptos generales, distintos de los de otras disciplinas y dotado de procedimientos especiales encaminados a conocer la verdad del objeto que se trata de investigar. En el terreno de la realidad jurídica, el derecho notarial se realiza exclusivamente por voluntad de los individuos, pero esta voluntad no es totalmente libre; por razones de orden público sufre retaceos y los individuos no pueden convenir, y mucho menos ejercer, sino sobre lo que únicamente está permitido.

1.4. El Notario

Una de las personas que hacen posible la realización en sí del derecho notarial es el Notario, puesto que no puede subsistir éste sin aquel o viceversa, previo un estudio profundo y profesional de la rama en mención en base al sistema de notariado latino que se maneja en nuestro medio; ya que existen diferentes definiciones acerca de *Notario* se hace alusión a las más sobresalientes:

Enrique Giménez Arnau, define al Notario como: “Es un profesional del derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de

⁸ Gattari, Carlos Nicolás, **Manual de derecho notarial**, pág. 9.

verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia sólo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria.”⁹

Bernardo Pérez Fernández del Castillo indica que: “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 consignen los actos y hechos jurídicos. La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte.”¹⁰

Por su parte, se hace mención al Notario como aquel 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 a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene.

Basándonos en las definiciones anteriores podemos definir al Notario como: el funcionario público autorizado para dar fe, conforme al ordenamiento jurídico, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Se trata de un funcionario de características especiales, dada la complejidad de su misión y los amplios conocimientos de derecho que se requieren para llevarla a cabo; la independencia con la que procede, decidiendo por sí y ante sí; la posibilidad de que sea elegido con libertad por los particulares, salvo excepciones; y la forma especial de remuneración procedente para los mismos.

Además de la función primordial de dar forma y autenticar los actos y negocios jurídicos de los particulares, el Notario realiza otras actividades que

⁹ Giménez, **Ob. Cit**; pág. 52.

¹⁰ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, **Derecho notarial**, pág. 119.

pueden ser previas al otorgamiento del instrumento y preparatorias del mismo, posteriores y complementadoras de la actividad instrumental –recepción de depósitos y expedición de comunicaciones entre otros– o independientes del instrumento, como son las certificaciones o los testimonios.

El Notario tiene una triple manifestación, según la cultura propia del país o del grupo de países en que se exterioriza. Es un simple habilitado en limitadas funciones en el régimen sajón, Estados Unidos, Inglaterra, Israel, también puede ser un empleado o funcionario público con variados matices, como en Rusia y Cuba, Venezuela y Portugal; por último, la notaria en una función pública a cargo de un profesional del derecho según el régimen latino, extendido por Europa Occidental, e Ibero América.

Los funcionaristas sostienen que en Notario ejerce una función pública de carácter complejo en nombre del Estado, con una posición especial dentro de la organización administrativa y jurídica, pero siempre como funcionario público. En el otro extremo los liberales o profesionalitas puros niegan categóricamente el carácter de funcionarios públicos y destacan el valor exclusivo de una profesionalidad libre, especialmente reglamentada por ser de trascendencia social. De esto se desprenden tres posiciones eclécticas o combinadas: a) el Notario se halla dentro de la administración de justicia preventiva, ejerciendo una función pública, sin pertenecer a la esfera administrativa; b) la notarial es función administrativa comprendida dentro de la jurisdicción voluntaria, goza de ejecutoriedad y cosa juzgada; c) el Notario ejerce una función a cargo particular, siendo profesional del derecho que no es funcionario público.

La posición autonomista sostiene que el Notario es el funcionario público que, siendo profesional libre, asesora las voluntades negociales de los requirentes, instrumentándolas por medio de su redacción para constituir las con plena certeza, seguridad y permanencia. Esta posición quiere destacar tanto el contenido profesional como al instrumentador, a quien atribuye autonomía

suficiente sin necesidad de cotejarlo con otro funcionario público ni con los demás juristas.

El Notario cuando actualiza su función al momento de que es rogado, en forma inmediata nace la exigencia de su asesoramiento funcional, que suele exteriorizarse por las operaciones materiales de ejercicio, calificación, legalización y legitimación. En razón de la persona está delimitada la competencia por vía negativa y surge de normas impuestas por la ley, los reglamentos notariales o códigos de ética profesional, verbigracia el Artículo 77 del Código de Notariado.

La facción o redacción del instrumento público es privada del Notario y resulta ser una de sus principales actividades, porque de la propiedad, precisión y claridad de los términos usados, como de la disposición de las partes de la escritura pública, surgirá la mayor o menor pureza en la constitución o expresión de los hechos que se intenta manifestar como exteriorización formal de la voluntad de las partes.

En la legislación guatemalteca no encontramos una definición acerca de lo que es el Notario, simple y sencillamente hace referencia 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. Según lo regulado en el Artículo 1º. Del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República.

En 1977 se celebró en Guatemala el XIV Congreso de Notariado Latino, se estableció que: *el Notario 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; conservando los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido, así como de tramitar y resolver todos los asuntos en que no existan litis, es decir tramitar jurisdicción voluntaria.*

Como se puede observar en las definiciones anteriores la que antecede es la más aceptada en nuestro medio por diversos estudiosos del derecho notarial, ya que conlleva de una manera amplia, clara y directa el trabajo del Notario en el ejercicio de su profesión, misma profesión que lo diferencia de un *funcionario público* ya que en Guatemala no es considerado como tal, respetando siempre el criterio de aquellos juristas que piensan lo contrario, tomando como base la ley penal, pero olvidándose que la ley específica en este caso el Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República que regula su función no lo considera como tal.

La función notarial es concebida pues como aquella serie de actividades que realiza el Notario llamada también que hacer notarial, puesto que a través de ella cobra vida y se convierte en un instrumento valioso que modela periódicamente las relaciones humanas, regulándose en este punto lo relativo a la determinación de los efectos jurídicos que produce el ejercicio de la potestad autenticadora del Notario, lo mismo que los diversos mecanismos por medio de los cuales se manifiesta. Entre esta gama de actividades o funciones que realiza el Notario en el ejercicio de su profesión al servicio de los particulares lo desarrolla de una forma liberal a requerimiento de parte, dentro de las cuales se encuentran: *la receptiva, directiva o asesora, legitimadora, modeladora, preventiva y autenticadora.*

1.4.1. Función receptiva

Esta función dentro de las muchas que realiza el Notario la desarrolla desde el momento que es requerido voluntariamente por las partes cuando recibe de éstas de viva voz o de manera escrita su voluntad, por lo que se pone de manifiesto que el Notario no puede actuar de oficio sino en base al principio de rogación.

1.4.2. Función directiva o asesora

El Notario como quedó establecido es un profesional y estudioso del derecho con gran preparación universitaria, ya que posee la capacidad técnica y jurídica, conocedor a profundidad del derecho interno y del derecho internacional, y es aquí donde dirige y asesorara a las partes acerca del negocio jurídico que pretenden celebrar, ya que en muchas ocasiones existe un desconocimiento jurídico por parte de los particulares.

1.4.3. Función Legitimadora

Es realizada por el Notario cuando identifica a las partes cuando es requerido por ellas, para comprobar efectivamente si son quienes dicen ser, lo cual se verifica por medio del documento de identificación en este caso puede ser cédula de vecindad, pasaporte, o similar que la persona presenta al momento de comparecer en el instrumento público.

Si una persona actúa en nombre de otro debe de acreditar suficientemente la representación que ejercita por medio del instrumento que lo ampara, sea mandato o carta poder, lo cual hace constar el Notario que la representación que se ejercita es suficiente conforme a la ley y a su juicio para el acto o contrato; regulado en el Artículo 29 numeral 5º del Código de Notariado.

1.4.4. Función modeladora

Al desarrollar esta función el Notario mentalmente le está dando forma legal y encuadrando jurídicamente la voluntad de las partes presentada en la función receptiva, del negocio jurídico o contrato que se pretende celebrar previo a redactar en el protocolo el instrumento público ideal para el efecto.

1.4.5. Función preventiva

Al momento que el Notario cumple con esta función lo hace con el propósito de prever problemas adelantarse a ellos o evitar posibles dificultades que surjan en el futuro, tratando con esto el no florecimiento de un conflicto a posteriori, siempre y cuando se contrate de buena fe y se cumpla con todo lo estipulado en el negocio o contrato celebrado.

1.4.6. Función autenticadora

Esta función cobra vida cuando el Notario llega a la culminación o cierre del instrumento público al estampar su firma comprendiendo este término como la representación gráfica del nombre y apellido de una persona, hecho de su puño y letra; de modo que acostumbra y normalmente al pie del instrumento; acredita la prestación del consentimiento en base a la fe pública de la cual está investido el Notario.

El grafismo es convencional, en muchas firmas los signos resultan ilegibles; implica que el documento se halla terminado e íntegro y que no falta nada de lo que los sujetos instrumentales declararon en este momento, le da autenticidad al acto o contrato inmerso en el instrumento y los datos plasmados en él se tienen como ciertos y auténticos, teniendo ese carácter mientras no se pruebe lo contrario ya que producen fe y hacen plena prueba.

Se puede decir que es el acto mediante el cual el Notario, por medio de su firma autenticante, asume la paternidad del instrumento para constituir fehacientemente hechos y dichos de las partes, los suyos propios y el instrumento, dicho esto en sentido material. En sentido formal es aquella parte del instrumento notarial en que el funcionario público estampa su firma. Es el acto propio del Notario; convirtiéndose desde ese preciso

momento el documento en instrumento público notarial.

En el Código de Notariado encontramos específicamente en su Artículo 29 numeral 12, que: “Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del Notario, precedida de las palabras Ante mi...” Al hacer énfasis a esto, debemos tomar en cuenta que al enumerarse los requisitos que deben cumplir los instrumentos públicos no hace alusión de que el Notario deba estampar su sello al finalizar la escritura pública, por lo que a nuestro criterio éste solamente se hace necesario al momento de que en el encabezado de la escritura pública el Notario por cualquier motivo omita escribir su nombre; verbigracia: yo el Infrascrito Notario, es en ésta circunstancia que se hace necesario estampar el sello notarial al momento de la autorización de la escritura pública.

1.5. Responsabilidades del Notario

La palabra proviene del griego *spondō*, concluir un tratado, cerrar un contrato, alianza o convenio; en latín se hizo *spondeo*, lo que recuerda la compraventa: *spondes, spondeo*; *promittis, promitto*. Tiene en nuestro lenguaje el significado de espectabilidad social de una persona; decimos que es responsable quien se obliga a hacer algo y lo cumple, quien empeña su palabra, da una garantía; *spondeo* es tanto como responder, contestar, estar colocado enfrente en señal de diálogo. En acepción derivada de esta última, consiste en la obligación de reparar y satisfacer cualquier daño, pérdida o perjuicio, a una consecuencia de delito o culpa.

La responsabilidad es la aptitud que tiene el sujeto de conocer, aceptar las consecuencias dañosas de sus actos, por ello, la ley lo sanciona. El único fundamento de la responsabilidad es el deber jurídico, porque nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, el deber surge de una norma jurídica que prescribe al individuo una conducta determinada y vincula una sanción a la

conducta contraria. A su vez, el deber jurídico es una obligación que impone un lazo de derecho el cual no constriñe por necesidad a pagar una cosa según el derecho de la ciudad.

Ahora bien, el presupuesto indispensable de deber u obligación es la libertad, que posibilita escoger entre cumplir y no cumplir; en realidad, no existe sino una sola libertad, la de cumplir con la obligación, la cual, como hecho voluntario, requiere discernimiento, intención, libertad y autodeterminación.

Sin pretender que el Notario sea el más cargado y que sobre él recaen gran cantidad de responsabilidades, nos preguntamos: ¿En que se funda tal hecho? Aducimos que se proporcionan los fundamentos cuando se expresa que habrá que buscarlos analizando la importancia de los poderes conferidos y la independencia de ellos respecto de la administración, porque el Notario asume personalmente todas las atribuciones inherentes a las potestades de su función. Diariamente son entregados a su pericia, consejo, discreción y buena fe, ingentes intereses de los requirentes que podrían ser desbaratados por una actuación imprudente o maliciosa del profesional. En tal supuesto, la ley carga las máximas responsabilidades única y exclusivamente sobre el Notario.

Entre las responsabilidades más comunes en las cuales incurre el Notario en ejercicio de su función encontramos:

1.5.1. Responsabilidad civil

Consistente en la obligación que una persona tiene de reparar el daño causado a un sujeto, originado en conducta violatoria del derecho de éste. Si ponemos como sujeto al Notario hemos hecho la aplicación pertinente. Pero como no nos referimos solamente al Notario y tres son las doctrinas que le atribuyen carácter diferente, también aquí nos encontramos con tres posiciones derivadas de aquel sustente teórico. Para quienes definen al

Notario como funcionario público la responsabilidad civil en el ejercicio de su función fedante, es siempre contractual y responde por ende el Estado. La segunda tesis niega el carácter de funcionario público y afirma que se ejerce una profesión liberal; la tercera sostiene que el Notario latino es un profesional del derecho a cargo de una función pública. Tanto en una como en otra se le atribuye responsabilidad contractual frente a las partes y extracontractual frente a los terceros. Tal es en resumen, sin mayores especificaciones, la opinión de numerosos autores.

1.5.2. Responsabilidad penal

Es sin duda alguna una de las más importantes, no solamente porque se relaciona con el orden público, sino porque las sanciones son las más graves: *prisión, multa e inhabilitación*. Con esto la persona del Notario y sus intereses se ven afectados inclusive causándole privación de la libertad; manifestándose con ello los tres deberes capitales del Notario como lo son: *la veracidad, lealtad y custodio del instrumento público*, siendo sus respectivas antítesis la falsedad, la violación del secreto profesional, etc.

Responsabilidad penal por parte del Notario implica en conjunto el incurrimento de éste cuando comete o intenta cometer delitos atinentes a su profesión, tipificados por la norma común la cual lo sanciona. El Notario con esto se convierte en el sujeto activo del delito y pasivo de la sanción no como tal, sino como persona común, inmiscuyendo a la vez a aquellos que se relacionan con su condición notarial.

El instrumento público hace plena fe de la existencia material de los hechos que el Notario informa cumplidos por él, o que pasaron en su presencia y perdura hasta la sentencia de la falsedad; esa falta de autenticidad constituye su máxima desviación en la falsedad instrumental, puesto que la autenticidad no solamente se constituye en el propio

instrumento público, sino que, sustantiviza todo aquello que en él consta percibido o hecho por el propio Notario.

La falsedad material o corporal consiste en la falsificación de los signos sensibles que acreditan al instrumento público como tal y a la genuidad. Comprende tanto elementos materiales: *papel, grafía, formalidades extrínsecas, sellos, color, etc.*, y que el autor sea el Notario que aparece como tal. Los actos de falsedad material son: a) adulteración de los elementos materiales, supresión del instrumento por destrucción u ocultamiento; b) expedición de copia de matriz inexistente o por quien no tiene autoridad para hacerlo, todo lo cual también puede ser apto para defraudar.

Si las ideas plasmadas son falsas nos enfrentamos con la falsedad ideológica; ni la parte corpórea ni la genuidad son alternadas; pero el Notario describe actos que no ha realizado, o bien son distintos; atribuye a los sujetos instrumentales hecho o derechos que no existieron o han sido distintos. En cuanto a la fe de conocer, se configura a criterio nuestro el delito de falsedad ideológica, toda vez que el Notario identifica al compareciente sin conocerlo ni cumplir los mínimos recaudos para individualizarlo, dando lugar que el firmante constituya una burda imitación de los signos de la persona existente que desconoció de tal firma.

1.5.3. Responsabilidad disciplinaria

Comprendiendo aquella en que incurre el Notario cuando por infringir normas profesionales, ética y deontológicas, produce daños que la ley o el cuerpo castigan para mantener el orden exterior e interior. El sujeto pasivo de ésta acción es el Notario, ya que se infringen normas que las leyes especiales instituyen para sus regidos, las cuales, como las éticas, pueden surgir de la ley, reglamentos, disposiciones colegiales y de las experiencias

de la jurisprudencia de los órganos disciplinarios. ¿Cuál es la finalidad? Mantener el orden y la imagen ideal, mirando no solamente hacia la sociedad sino también, a las relaciones entre Notarios y entre éstos y el Colegio Profesional, imagen que abarca al agente, al servicio y al cuerpo en éste momento determinado de su historia, mismo que fue configurando paulatinamente en el pensar y sentir de los Notarios y la sociedad.

Otras infracciones disciplinarias surgen de la inobservancia de las formalidades instituidas por los Códigos y otras normas; no confeccionar la minuta para el registro de testamentos, falta de vigilancia del cumplimiento de la práctica notarial, entre otras.

Entendiendo que la deontología supera la obligación de los deberes legales y éticos, constituyendo una expansión de la bondad típica de aquel *vir bonus, dicendi peritus*, que podemos cambiar por *vir bonus, notandi peritus*; así debe tener presente el Notario que la mejor y efectiva recomendación para lograr asuntos es *la conducta, honradez, competencia, idoneidad y señorío* que imprima a su profesión; declinar siempre el interés privado frente al interés público o colegial; no negar servicios profesionales a quienes justifican debidamente carecer de recursos para sus honorarios o concederles espera; no opinar en lo que no es de su especialización, pero afirmar las vivencias de su especialidad profesional sin temores –aunque tenga razones para sostener una teoría minoritaria con fundamentos profundos–, no imponer su experiencia con sus requirentes, sino sumarse a las tesis mayoritarias en lo que no exista contradicción.

CAPÍTULO II

2. Principios propios del derecho notarial

2.1. Diferentes acepciones

Previo a tratar el tema de los principios propios del derecho notarial, se hace un breve análisis de los diversos significados que se le atribuyen a la palabra *principio*, y así encontramos que:

Principio, en sentido vago, es el origen de una cosa.

Principio, según el diccionario de derecho usual, significa: “Primer instante del ser, de la existencia de la vida. Razón, fundamento, origen. Causa primera. Fundamento o rudimentos de una ciencia o arte. Máxima, norma, guía.”¹¹

Desde el punto de vista jurídico, *principio*, son los fundamentos o reglas por los que se rige el derecho, la razón de su existencia o bastiones que le da vida. Pudiendo ser considerados como generadores del derecho y como reveladores del mismo.

En cuanto a los principios propios del derecho notarial, cabe mencionar que confluyen y hallan un punto de idónea fusión tanto elementos de derecho público como privado, por lo que se puede decir que el derecho notarial se inserta en la zona de límite entre ambos.

En base a este aspecto, puede afirmarse que no interesa determinar cuál es el sector que más provee de material al derecho notarial, como tampoco cabe precisar, en punto a carácter de la materia en colación, si es ventajosa o no

¹¹ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 381.

para las partes o más impositiva para el órgano funcional, pues en uno y otro caso lo que se anexa es materia específica que viene a valorizar al derecho notarial en dos amplios sentidos: cualitativo y cuantitativo.

En el proceso de formación del derecho notarial, como rama particular del derecho positivo, se examinan los principios o bases que configuran su existencia, y se da por sentado que el derecho notarial existe como rama particular del Derecho. Para valerse de esta apuntación se hace énfasis a lo citado por Núñez Lagos, en cuanto dijo: “Que el derecho notarial es el conjunto sistemático de los conceptos y preceptos que regulan el instrumento público (sic) y la actividad documental del notariado.”¹²

Al preguntarse ¿Qué se entiende por principios? En referencia al derecho notarial no será fácil lograr un acuerdo uniforme ya que ello dependerá del concepto que tenga cada autor de su contenido, como de su legislación, como veremos más adelante en el caso nuestro. Sin embargo, desde el punto de vista sustantivo, el término *principio* ofrece mucha riqueza de concepto, y por ello la fuerte aplicación ideológica constructiva de que es objeto, se presta para más de un equívoco, en este sentido y según refiere Pelosi, la palabra es unívoca, es decir, no es de igual naturaleza o valor que otra análoga. Principio se deriva del latín *principium*, cuyo significado hace alusión a causa primera, dicho vocablo expresa la idea de base, fundamento, origen o razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia; verbigracia el principio de nuestra existencia, el principio de las causas naturales, o principio de la causalidad, el principio de identidad, de contradicción de derecho, etc., etc. En el lenguaje filosófico, y en el sentido absoluto de la palabra, un principio es un axioma, es decir se le considera como una verdad tan clara, que no necesita demostración.

Dentro del lenguaje jurídico, el vocablo suele ser aprendido de la siguiente

¹² Núñez Lagos, Rafael, **Estudios de derecho notarial**, pág. 34.

manera:

- En relación con la universalidad de principio que ofrece el derecho: para ser aplicado como fuente supletoria de interpretación; y
- En relación con la ciencia: para ser aplicado a axiomas fundamentales, y tener su legitimidad en la experiencia, han venido a adquirir carta de naturaleza.

A este aspecto corresponde advertir que así como el hombre posee principio, pues de no tenerlos carecería de normas de conducta, así también cada descubrimiento o creación se presta para dar sostén a axiomas, o a principios, y estos principios sirven, lógicamente, para conformar lo fundamental de lo descubierto o creado. En este orden, el descubrimiento del instrumento público, vino a evidenciar la firmeza del derecho y la seguridad de la prueba de su existencia.

2.2. Definición

Basado en lo expuesto anteriormente, a nuestro criterio se entiende por principios propios del derecho notarial: *aquel conjunto de fundamentos, bases directrices, orígenes, o razones constituyendo un proceso de transformación provenientes de la legislación o de la jurisprudencia sobre los cuales descansa la existencia de esta rama del derecho, que regulan la solución de posibles conflictos y le dan firmeza y soporte al instrumento público, como obra final.*

Entre los principios propios del derecho notarial encontramos:

- a) Principio de autenticación.
- b) Principio de consentimiento unánime.
- c) Principio de fe pública.

- d) Principio de imparcialidad.
- e) Principio de la forma.
- f) Principio de publicidad.
- g) Principio de rogación.
- h) Principio de seguridad jurídica.
- i) Principio de unidad del acto.
- j) Principio de intermediación notarial.

Además a manera de referencia se hace alusión a los principios del derecho notarial que se encuentran plasmados en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria el Decreto 54-77 del Congreso de la República, los cuales son fundamentales para el que hacer del Notario en aquellos asuntos en los que no existe litis, entre éstos están: *el consentimiento unánime, actuaciones y resoluciones, colaboración de las autoridades, audiencia a la Procuraduría General de la Nación, ámbito de aplicación de la ley y opción al trámite, inscripción de los registros y la remisión del expediente al Archivo General de Protocolos.*

2.2.1. Principio de autenticación

“Cualidad de lo auténtico. Acreditado en cuanto a certeza. Autorizado o legalizado. Merecedor de fe, referido a documentos.”¹³

En el proceso de estructuración del instrumento público, la idea de autenticar es, y no puede ser otra, que el cumplimiento del acto en cuya virtud la ley ordena aprobar como cierta la existencia de un hecho o de un acto jurídico. Tal aprobación se realiza merced a la figura orgánica del Notario, quien, en función específica, eleva con fuerza de autoridad la certeza del hecho o acto tras una síntesis realizada entre el instrumento

¹³ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 73.

solemne que desde el punto de vista del derecho es la pre-prueba de la relación jurídica documentada. Así el instrumento público toma creencia de su contenido, y, por lo tanto, además de auténtico es fehaciente.

Para que el instrumento público revista este carácter el hecho o acto productor de derecho, debe ser visto y oído, esto es, percibido sensorialmente y, por tanto, consignado, comprobado y declarado por un Notario investido de autoridad y de facultad autenticadora. Por lo que es dable colegir, que existe una teoría de la autenticación; y ella se infiere de la hipótesis según la cual la fusión notarial es una institución de arraigo en el derecho, y asimismo, se deduce del axioma según el cuál dicha fusión es poder de dación de fe pública. En otro sentido nos permitimos afirmar que en la esfera del derecho notarial, la autenticación connota fe pública, y que, con igual correspondencia, la fe pública denota la idea de autenticación. Por consiguientes, si autenticidad y fe pública son iguales entre sí, como formas de valer, y la fe pública se juzga en un principio real del derecho notarial.

Como fundamento legal, citamos lo regulado en el Artículo 2º, del Código de Notariado en su inciso 3º, que regula: “haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación, y la firma y sello que usará con el nombre y apellido usuales.”.De aquí deducimos que se refiere a la firma del Notario, la cual al encontrarse registrada lo faculta a posteriori a autorizar los instrumentos públicos, los cuales como ya se indicó se tendrán como ciertos y auténticos.

2.2.2. Principio de consentimiento unánime

Haciendo acopio a lo que el diccionario de derecho usual refiere el consentimiento es la: “Acción y efecto de consentir, del latín *consentire*, de *cum*, con y *sentire*, sentir; compartir el sentimiento, el parecer. Permitir una

cosa o condescender a que se haga”.¹⁴

“El consentimiento es el acuerdo deliberado, consciente y libre de la voluntad, respecto a un acto externo, querido, libre y espontáneamente, sin cortapisas ni vicios que anulen o destruyan su voluntad”.¹⁵

En relación a este principio, es preciso anotar que, no está considerado como requisito esencial del contrato, sino como una facultad para asentir el otorgamiento del acto; por consiguiente sin él la sanción del acto queda en suspenso. Además no puede darse bajo coacción ni uniformarse a una parte del acto sino que debe concederse a la totalidad, como un derecho de libre determinación y hay que servirse de éste invariablemente, tanto en la esfera de los hechos como en la del derecho.

De lo anterior podemos destacar que: 1º. El consentimiento implica afirmación, y que no se puede pensar seriamente en él sin encuadrar la idea inmediata de la suscripción del acto; 2º. Que la importancia que reviste el consentimiento en el otorgamiento del instrumento público es manifiestamente visible. En definitiva y como nota característica de la función notarial, el consentimiento además de percibirse por el sentido común, es considerado impositivo y necesario para que no existan intereses contrapuestos acerca de la soberana voluntad de las partes signatarias.

Como suele suceder en nuestro medio, si no hay consentimiento de las partes, no puede haber intervención del Notario, puesto que él solamente actúa cuando no hay conflicto, cuando hay alguna clase de oposición deja de intervenir, por lo que debe constar expresamente el consentimiento de los contratantes de que el acto o contrato que se realiza debe de estar libre de vicios como requisitos de validez, ya que de darse lo contrario el negocio

¹⁴ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, pág. 480.

¹⁵ **Ibíd.**

jurídico carecería de validez y se hace anulable.¹⁶ Deducido de los requisitos de los instrumentos públicos estableciendo que contendrán las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del Notario, precedida de las palabras: *Ante mí*. Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto otro que especificará el Notario firmando por él un testigo, y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho....” regulado en el Artículo 29 numeral 12º, del Código de Notariado; decimos con esto que con el hecho mismo de firmar el instrumento público los otorgantes están dando su total consentimiento con lo contenido en él, de manera expresa.

2.2.3. Principio de fe pública

Este principio es de notoria importancia jurídica, por la influencia que tiene en la validez y anulabilidad o nulidad de los actos o negocios jurídicos, puesto que constituye el *principio real* del derecho notarial. Tomándose como base para afirmar que se necesita de éste para tomar como auténtico, real y veraz lo que se encuentra contenido dentro del instrumento público, salvo prueba en contrario.¹⁷

Casi todo lo que se ha dicho sobre la fe hace referencia a la fe en su acepción de simple creencia en lo que no se ve. Podemos asegurar que quienes nos hablan de fe casi siempre contemplan la fe religiosa, que es un don. Cuando se recibe ese don, se tiene fe, y si la gracia no nos es dada, es inútil forzar el espíritu.

¹⁶ Según lo regulado en los Artículos 1251 y 1257 del Decreto Ley 106 Código Civil cuando estipula: “El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.” “Es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia...”.

¹⁷ “Los documentos autorizados por Notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad.” Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107.

La fe divina es, objetivamente, un conjunto de verdades reveladas por Dios; subjetivamente, es el acto de fe. Como veremos después, en el caso de fe pública no estamos en presencia de un acto subjetivo de fe, sino de afirmaciones que objetivamente estamos obligados a aceptar como verdaderas los miembros de la sociedad civil, en acatamiento de los preceptos legales que así lo ordenan.

En realidad, todo el sistema de la fe pública se tuvo que crear, dado el número y la complejidad de las relaciones jurídicas, que la mayoría de los ciudadanos no puede presenciar; y los actos necesitan ser creídos para ser aceptados. Por eso, ciertos negocios jurídicos deben ser investidos de fe pública, que se impone por el otorgamiento de un poder jurídico con efectos de fe pública. Así, se ideó el sistema de investir a una persona de una función autenticadora, de modo que al expedir un documento, pudiera decirse que estaba presente el Estado mismo, puesto que en nombre de éste se obra. De simple creencia, el concepto de fe pública se convirtió en una necesidad de carácter jurídico, que nos obliga a estimar como auténtico los hechos o actos a ella sometidos: es una verdad oficial que todos están obligados a creer.

Decimos pues que la fe pública es el poder que compete al funcionario para dar vida a las relaciones jurídicas, constituyendo una garantía de autenticidad.

“En sí la fe pública es la presunción 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.”¹⁸

Se expresa también que el concepto de fe pública se asocia a la función

¹⁸ Muñoz, Nery Roberto, **Introducción al estudio del derecho notarial**, pág. 26.

notarial de manera más directa a cualquier otra función.

Gattari define a la fe pública como: “aquella cualidad insita en los documentos emitidos por el Estado o por quienes éste autoriza para resguardar su veracidad y seguridad.”¹⁹

Una de las definiciones mas completas es la citada por Manuel Ossorio, en cuanto refiere que la fe pública constituye: “Autoridad legítima atribuida a Notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales, para acreditar fehacientemente que los documentos que autorizan en debida forma son auténticos, salvo prueba en contrario, unas veces en cuanto a la veracidad de su contenido, y otras respecto a las manifestaciones hechas ante dichos fedatarios.”²⁰

Para Núñez Lagos, “todo acto de asentimiento tiene dos fuentes: la evidencia y la fe. La evidencia es un hecho es evidente cuando está presente a nuestro conocer directo, por la vista. Como tenemos la evidencia de la realidad percibida, podemos formular un juicio de razón por su evidencia ante el hecho presente, evidente, el asentimiento es acto de conocimiento, porque el hecho y objeto cognoscible se revela a sí mismo, por lo que no tiene que intervenir la voluntad. La fe a veces se siente a un objeto o un hecho, a pesar de no ser evidente. Este es el caso de acto de fe. Como aquí el hecho o el objeto cognoscible no se revela a sí mismo por su presencia, sino que está alejado sea por el espacio o por el tiempo, nuestro asentimiento ya no se impone por un acto de conocimiento; ha de ser, ante todo, acto de voluntad, pues no presencia, algo ajeno por completo al objeto y al sujeto, debe inclinar y vencer la voluntad a verificar necesariamente el acto de

¹⁹ Gattari, **Ob. Cit**; pág. 326.

²⁰ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 343.

asentimiento.”²¹

Ese algo, extrínseco, al margen del objeto cognoscible y del sujeto que ha de conocerlo; arranca el asentimiento a un objeto o hecho no evidente, llamado autoridad. La clase y origen de esa autoridad nos dará el grado de poder persuasivo o imperativo de su declaración o de su narración.

De lo anterior se desprenden las clases de fe pública existentes dentro de éstas podemos citar: *la fe pública judicial, notarial, administrativa, registral, y legislativa.*

a) *Fe pública judicial.* Es aquella de que gozan los documentos de carácter judicial. El funcionario competente para dar fe del acto procesal, es el secretario judicial, cuya función autenticadora es, esencialmente, igual a la del Notario; el secretario limitándose a autenticar como un testigo más de los actos que cumple el Juez en el Tribunal. En caso de Guatemala, regulado en la Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República en sus Artículos 172 y 173. Además, la denominada copia secretarial, cuando el secretario del tribunal fuere Notario, en este caso podrá dar fe plena de las actuaciones judiciales de que conozca el tribunal al cual sirve, sin precisar de la intervención de ningún otro funcionario, bajo su responsabilidad.

b) *Fe pública notarial.* Al haber terminado de exponer lo concerniente a la fe pública nos queda por hablar de fe pública notarial, se puede decir que es el mismo fundamento del notariado, o sea que busca un fin de seguridad en las transacciones. Los derechos atribuidos a los particulares están condicionados a la realización de ciertos hechos, la función notarial viene así a hacerse necesaria, pues su objeto es la fijación auténtica de tales hechos condicionantes. La fe notarial obedece, pues, a la necesidad general de toda

²¹ Núñez Lagos, **Ob. Cit**; pág. 54.

prueba, ya que si el derecho objetivo se formula abstracta y condicionalmente, forzosamente su aplicación requiere la prueba del hecho supuesto en la norma; y la fe notarial satisface esa necesidad porque los Notarios actúan en el instante mismo de prueba general, que procuran comprobar el hecho, naturalmente, después de que ocurrió, aprovechando datos o huellas que generalmente son imperfectos o insuficientes. Para que la fe pública pueda captar el hecho, precisa que el agente jurídico se halle interesado en hacer constar el acto que se propone llevar a cabo, lo que, como es natural, solamente ocurre cuando el hecho ha de producir un resultado jurídico favorable, o sea, la concesión o reconocimiento de derechos, y no cuando la consecuencia jurídica ha de ser una sanción, en cuyo caso el autor del acto tendrá interés en evitar la existencia de toda prueba. El que opere sobre hechos y no sobre el derecho objetivo, distingue la fe pública notarial de las demás, en cuanto éstas se dirigen: a autenticar disposiciones *legislativas*, acuerdos *administrativos*, y resoluciones *judiciales* de las respectivas autoridades. Y el hecho de que no opere la fe pública notarial sobre hechos que engreden sanciones u obligaciones, separa y distingue *la prueba judicial y la prueba de las operaciones de documentación y de registro* de los organismos administrativos, de la prueba notarial, que es un prueba preconstituida.

c) *Fe pública administrativa*. Esta clase de fe pública tiene por objeto dar notoriedad y valor de hechos auténticos a los actos realizados por el Estado o por personas de derecho público dotadas de soberanía, de autonomía o de jurisdicción. Esta fe pública se ejerce a través de documentos expedidos por las propias autoridades que ejercen la gestión administrativa en los que se consignan órdenes, comunicaciones y resoluciones de la Administración pública. Es fácil percatarse que habrán de estar dotados de fe pública cuanto decreto, resolución o dictamen se provea y cuanta certificación se expida a tenor de las leyes, reglamentos y estatutos que disciplinen su otorgamiento, sea nacional, provincial o municipal el poder de donde emanen y que, por

tanto, por decisión de las autoridades estatales y a petición de los interesados públicamente, tendrá fe pública administrativa.

d) Fe pública registral. Ésta nada tiene que ver con la notarial, en efecto, el Registrador salvo el caso excepcional de constitución de bien de familia no presencia los actos jurídicos, pues que no tiene audiencia. Sus asientos respecto de los actos jurídicos que registra se hallan en tercer grado de fe, expidiendo para el efecto un certificado del acto o hecho que se le presentan. Aduciendo que es aquella fe pública que poseen los registradores, para certificar la inscripción de un acto que consta en un registro público, en cual tiene autenticidad y fuerza probatoria desde que fue inscrito. El mundo registral es un mundo de papeles, donde no entran los contratantes porque, entre otras cosas, el registrador no tiene competencia material sobre ningún contrato. En Guatemala a manera de ejemplo podemos mencionar los registros públicos más conocidos siendo éstos: Registro General de la Propiedad, Registro General Mercantil de la República, Registro de Propiedad Industrial, Registro de Ciudadanos, Registro de Poderes y Mandatos, etc.

e) Fe pública legislativa. En Guatemala se puede decir que es la que ostenta el Organismo Legislativo, por medio de la cual creemos en las disposiciones emanadas del mismo, las cuales pasan a ser leyes de la República. Esta es de tipo corporativo, ya que la tiene el Congreso como órgano del Estado y no sus representantes en lo individual.

La fe pública tiene eficacia *erga omnes* incluso contra tercero, o mejor precisamente contra tercero, pues no existe fe pública *inter partes*, ya que cuando se trata de que la fe pública autentique un negocio jurídico, las partes, con el Notario, intervienen en el hecho histórico que se plasmado en el instrumento público. Por lo tanto, y principalmente porque las partes consienten y otorgan el instrumento y además lo firman, abonan su

veracidad; la fuerza del instrumento público está precisamente en que ninguna de las partes, por haber intervenido en el acto, puede negarlo, como tampoco lo puede negar el Notario que lo preside de principio hasta el fin.

En nuestra legislación encontramos marcado este principio en el Artículo 1º, del Código de Notariado en cuanto regula 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.”

2.2.4. Principio de imparcialidad

Haciendo una breve referencia a este principio decimos que es aquel en que el actuar del Notario debe ser el mismo para todas las partes que comparezcan ante sus oficios, no asumir cargos que impliquen la defensa de intereses de uno de sus clientes en la prestación de sus servicios.

Como lo afirma Herman Mora Vargas, se pretende asegurar la adecuada prestación del ejercicio profesional en forma limpia, inmaculada. “Un Notario comprometido con amarras y compromisos, sesgará la redacción de documentos según su conveniencia o interés.”²²

La imparcialidad es para las partes que en determinado momento requieren los servicios de un Notario, como para el mismo Estado que ha delegado la fe pública al Notario, lo que nos recuerda que se es Notario de las partes y no Notario de la parte, actuando siempre de manera objetiva en todos los actos o contratos otorgados en su presencia, haciendo uso de la ética profesional.

²² Mora Vargas, Herman, **Manual de derecho notarial**, pág. 52.

2.2.5. Principio de la forma

“Figura, apariencia exterior de las personas y cosas. Modo de proceder. Aptitud, disposición. Manera, estilo. Expresión de la voluntad de las partes y constancia de un negocio jurídico, requisitos externos de los actos jurídicos.”²³

Cuando se realiza un contrato de compraventa se pone en juego un hecho capaz de lograr un derecho, esto, es, se activa una disposición de medios para lograr un fin. Lisa y llanamente, la validez del hecho estriba en la realización del derecho, y la seguridad de éste radica en la solidez de su forma. En una palabra, el encadenamiento hacia un negocio jurídico patentiza la obligación de ajustarse a preceptos legales. De ahí que las leyes de fondo estatuyen acerca de la formación de cuanta actividad contractual pueda realizarse en el ámbito jurídico, lo que conduce al funcionario que interviene, el adecuar el hecho o acto al orden jurídico en que el derecho positivo lo ha colocado.

En síntesis el derecho notarial es el derecho de la forma, porque señala las formalidades que deben cumplirse con la actuación del Notario, en la creación el instrumento público; específicamente lo establecen los Artículos 29 y 31 del Código de Notariado, al estipular los requisitos generales y las formalidades especiales de los instrumentos públicos. Estas normas se dicen que son procesales adjetivas, porque señalan un procedimiento que debe seguirse. En tanto el derecho sustantivo establece los tipos de negocios, tales como la compraventa, el arrendamiento, el mutuo, y otros como lo regulado en el Código Civil; pero para darle forma a los mismos, no solo para su existencia, sino para darle vida, es necesario el derecho notarial, tomando desde luego en consideración lo establecido por la ley y la

²³ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 325.

voluntad de las partes, por lo que el derecho notarial, está integrado por normas que encontramos en diferentes leyes y códigos de nuestro ordenamiento jurídico, verbigracia el Código Civil, el Código Procesal civil y Mercantil, la Ley del Organismo Judicial y especialmente un cuerpo legal sobre dicha materia el Código de Notariado.

Afirmando con esto que el principio de la forma, *es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto o negocio jurídico.*

2.2.6. Principio de publicidad

“Índole o estado de público, conocido o patente. Propaganda, especialmente la mercantil, difusión de informaciones o noticias. De consulta pública o público acceso, dicho de Registros.”²⁴

Debe tomarse en cuenta que los documentos que el Notario autoriza no sólo interesan a quienes lo otorgan sino que también puede afectar a terceras personas que no hayan intervenido. De tal manera que el mejor procedimiento para que el documento esté al alcance de quien tenga interés en examinarlo o en sacar copias del mismo; consiste en ponerlo bajo la guarda no de los interesados, sino de un funcionario público adecuado. En tal sentido el Protocolo es un instrumento con garantía de publicidad, ya que con tal procedimiento se asegura el libre acceso al documento a todas las personas, actuales o futuras, que en el mismo tengan o puedan tener interés; aparte de que se hace pública la voluntad de las personas que intervienen en dicho documento.

Nuestro derecho notarial guatemalteco, sigue estos lineamientos, tal

²⁴ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 431.

como lo establece el Artículo 22, del Código de Notariado, que en su parte conducente dice: *“las escrituras matrices podrán consultarse por cualquier persona que tenga interés, en presencia del Notario...”*, lo que quiere decir, que cualquier persona tiene acceso a consultar cualquier asunto incorporado en el protocolo del Notario, siempre y cuando, se cumpla con el requisito establecido para el efecto, que debe ser en presencia del profesional. De hecho tiene que ser así, ya que también las Instituciones de Registros, como el de la Propiedad, el Civil, el Mercantil, Archivo General de Protocolos, tienen las mismas características de publicidad, y siendo el Notario un profesional que tiene estrecha relación con los mismos, necesariamente su función debe calificársele de la misma forma, es decir gozar del principio de publicidad.

Aclaremos que tal principio tiene sus excepciones, tal como se establece en el mismo párrafo del Artículo referido, que regula: *“...exceptuándose los testamentos y donaciones por causa de muerte, mientras vivan los otorgantes, pues sólo a ellos corresponde ese derecho...”*

Estos términos no necesitan de mayor explicación por estar bastantes comprensibles, puesto que son disposiciones de última voluntad, es decir que son actos personalísimos, y solo a ellos compete, si quieren o no revocarlos.

Se hace notar el caso de que el Notario se negare a exhibir los instrumentos que autoriza, por existir un procedimiento especial, que debe seguirse por la parte afectada ante el Juez de Primera Instancia de su jurisdicción, aspecto que reafirma aún más el principio de publicidad, tal y como lo reza el segundo párrafo del Artículo 22 del mismo cuerpo legal, así: *si el Notario se negare a exhibir la escritura el Juez de Primera Instancia de su jurisdicción, previa audiencia por veinticuatro horas, que dará al Notario, dictará la resolución que corresponda.*

2.2.7. Principio de rogación

Del latín *rogatio*: “Proposición de ley de un magistrado romano. Parte dispositiva de una ley. Concreta medida administrativa adoptada en los comicios del pueblo.”²⁵

Otro aspecto singular de la función notarial, y que tiene viso de principio, es la rogación, siendo sus principales características siendo: 1) Que la función de autenticador, el Notario no actúa de oficio sino a solicitud de parte interesada, o lo que es igual, la prestación de servicios notariales supone siempre una rogación. 2) Que instado a actuar, la petición lo conmina a considerar, prima facie, si el designio de las partes se ajusta o no a los preceptos lícitos y si está o no reñido con la moral o las buenas costumbres o si es adverso al orden público. 3) Que la rogación postulada al Notario se juzga formalmente referida al cumplimiento de un hecho o de un acto jurídico, e importa la acción que establece el primer contacto entre las partes y el Notario, y el punto de partida obligatorio para la actuación normal del Notario. 4) Que la rogación no es exclusiva del derecho notarial, ya que se da igualmente en el derecho procesal y en el ámbito administrativo; y además tiene un sugestivo punto de contacto con la intermediación.

En nuestro medio, también la intervención del Notario es siempre solicitada, no puede actuarse por sí mismo, o de oficio, su base legal o fundamento, lo encontramos en el Artículo 1º, del Código de Notariado, que regula: 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*. Del que se infiere en la parte final muy marcadamente *el principio de rogación*, faltando la rogación en los casos señalados en el Artículo 77, del mismo cuerpo legal, que se refiere a las prohibiciones del Notario. La

²⁵ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 681.

rogación debe ser un acto que llene los siguientes requisitos: a) Por la presentación del interesado o su representante ante el Notario. b) Debe ser expresa y dirigirse a un acto concreto, o sea, específico. c) Además debe ser libre, esto quiere decir que las personas que comparecen lo hacen voluntariamente sin ningún tipo de presión, aún en la elección del Notario que ha de intervenir.

2.2.8. Principio de seguridad jurídica

“Exención de peligro o daño. Solidez. Certeza plena. Firme convicción. Confianza. Fianza. Ofrecimiento de cumplir o hacer para determinado plazo. Sistema de prevención racional y adecuada.”²⁶

Por la fe pública de que está investido el Notario, los actos que legaliza son ciertos, existe certidumbre o certeza, por lo que es conveniente hacer alusión de dos notas importantes de la fe pública notarial, de las cuales se desprenden:

a) *La exactitud.* Existe una presunción generalizada de que todo acto en el cual ha intervenido un Notario, es la expresión de una verdad exacta, precisa, completa, sin tacha. Esta actitud tiene que ver con el hecho histórico que manifiesta el Notario y ser la expresión exacta de la voluntad de las partes intervinientes. Por el hecho de su capacidad y por estar investido de fe pública, se presume que ese hecho es cierto porque llena todas las solemnidades exigidas para el acto. Por tanto la narración del hecho es completa y exacta, y además, solamente narra lo que interesa al asunto, al acto o negocio del cual se trata. Los efectos de la exactitud de la fe pública, son los de tener eficacia plena frente a terceros, esto significa que un tercero que por alguna razón llegara a conocer aquella narración no

²⁶ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 25.

podría negar su plena prueba o exactitud. Los terceros deben tener por cierto el documento que llena todas estas características.

b) La integridad. La exactitud hace referencia al momento histórico en que tuvo lugar el hecho que le dio existencia y nos dice que aquella narración es fiel; mientras que la integridad, proyecta la exactitud hacia el futuro. La exactitud nos dice que el hecho es cierto porque sucedió en determinado lugar y en determinado momento, mientras que la integridad nos dice que el hecho es exacto u permanece fiel porque consta en el presente a causa de haberse plasmado en un documento que se llama instrumento público. La fe pública notarial que llena todas estas características es la mejor garantía de autenticidad y legalidad de todos aquellos actos y negocios autorizados por el Notario en su función profesional, y hará siempre plena prueba ante terceros, a no ser que se declara nula por tribunal competente. Sobre esto último, quiero mencionar la base legal establecida para el efecto, en el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil.

2.2.9. Principio de unidad del acto

Como concepto jurídico, la unidad del acto presupone un contenido orgánico e integral. Bajo un aspecto, comporta una construcción técnica instrumental; bajo otro, comporta un procedimiento formal. Una y otra manifestación están ligadas entre sí por acción y efecto de un mismo principio rector; la necesidad de poner en juego diversos elementos hasta lograr, dentro de un proceso unitario, el fin jurídico propuesto. Desde el punto de vista disciplinal la unidad del acto: a) es una e indivisible, pues encarna una consecuencia de la integridad de los hechos que demándale proceso de suscripción instrumental, b) tiene lugar en la audiencia notarial, por consiguiente, para que exista es menester la conexidad de tres circunstancias predominantes: la unidad de contexto, la unidad de tiempo y por tanto, además de auténtico en fehaciente. Pero para que revista este

carácter el hecho o 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. Por o que es dable colegir, existe una teoría de la autenticación; y ella se infiere de la hipótesis según la cual la función notarial es una institución de arraigo en el derecho, y asimismo, se deduce del axioma según el cual dicha función es poder de dación de fe pública.

Por otra parte, y aunque se crea superfluo, por sabido, no está mas de advertir que en la esfera del derecho notarial la autenticación connota fe pública, y que, con igual correspondencia, la fe pública denota la idea de autenticación. Por consiguiente la autenticidad y fe pública son iguales entre sí, como formas de valer, y la fe pública se juzga un principio real del derecho notarial.

Al hacer énfasis en este principio nos basamos en que el instrumento público debe de redactarse y perfeccionarse en un solo acto, por lo que debe de llevar una fecha cierta y determinada haciendo alusión al día en que se facciona, entrando en juego de una sola vez las personas que intervienen en el acto o negocio que se realiza.

“No es aceptable de ninguna forma que el instrumento público se faccione en un día y que los comparecientes hagan el otorgamiento en otro, ni mucho menos la autorización del Notario, ya que esto trae consigo responsabilidad penal hacia el Notario y las partes contratantes según lo establecido en los Artículos 321 y 322 del Código Penal Decreto No. 17-73.”²⁷

²⁷ Falsedad material: Quién, hiciere en todo o en parte, un documento público o falso, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos a seis años. Falsedad ideológica: Quién, con motivo del otorgamiento, autorización o formación de un documento público, insertare o hiciere insertar declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que resulte perjuicio, será sancionado con prisión de dos a seis años.

2.3. Principio de intermediación notarial

2.3.1. Definición

Para obtener una idea generalizada y clara acerca de este principio y saber de su importancia que puede representar en el derecho notarial, se hace mención de algunos significados referentes a la intermediación en los cuales encontramos: “*calidad de inmediato, los alrededores, conjunto de derechos que al sucesor inmediato de una vinculación corresponde.*”²⁸

“Principio de derecho procesal encaminado a la relación directa de los litigantes con el Juez, prescindiendo de la intervención de otras personas. Constituye el medio de que el magistrado conozca personalmente a las partes y pueda apreciar mejor el valor de las pruebas, especialmente de la testifical, ya que todas ellas han de realizarse en su presencia. El tema de la intermediación se encuentra íntimamente ligado a la oralidad del procedimiento; ya que, cuando es de manera escrita, las diligencias, inclusive la recepción de las declaraciones (testimonios, absolución de posiciones, informes periciales, etc.) suelen practicarse ante el Secretario del Tribunal, y más corrientemente con el Oficial que conoce del caso.”²⁹

La cercanía o continuidad tal es lo que significa intermediación importa un aspecto que viene siendo señalado por la doctrina como un principio clásico de la notaría, y, consecuentemente, aplicado a la esfera del derecho notarial en el sentido de *relación de proximidad entre las diferentes partes que intervienen en la función notarial*. Para justificar esta aserción se ejemplifica expresando que la intermediación se desarrolla, de una parte, entre el Notario y los que intervienen en el

²⁸ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 387.

²⁹ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 383.

instrumento público, y de la otra, entre el Notario y el instrumento que autoriza. Señalándose que tal comunicatividad se inicia con la manifestación del deseo de las partes de otorgar el acto, y culmina con la autorización del documento que contiene la relación jurídica. En este sentido, la inmediación, o sea, la contigüidad, es como una regla fija, de fatal cumplimiento, pues la función notarial demanda un contacto entre el Notario y las partes, y un acercamiento de ambos hacia el instrumento público. Yendo pues, las partes hacia el Notario y éste hacia el instrumento público, la función cabe cumplirla sin disloque, sin interrupción, esto es, sin solución de contigüidad.

Vale decir, sin el contacto uniforme de partes y Notario, así también se juzga inaceptable, ante el principio de la inmediación, que la función notarial se ejecute sin la rígida circunspección de la ley en el otorgamiento del acto o negocio jurídico.

Corroborando con esto que las partes van hacia el Notario, y éste hacia el faccionamiento del instrumento público, dicha función cabe cumplirla sin disloque, sin interrupción. Dentro de esta modalidad se advierte que el principio de la inmediación tiene íntimo nexo con la *unidad del acto*; en efecto, en la estructuración del instrumento público, y especialmente en cuanto atañe al negocio jurídico de las partes, no se puede negar que el Notario se ve avocado a dos procesos: a) Preparatorio, de auscultación del pensamiento de las partes, merced al cual ordena adecuadamente las relaciones de derecho; y b) Ejecutorio, de convicción jurídica, por el cual se da fe de la voluntad anímica de las partes; dos procesos que conducen falsamente a la unidad del acto, por la lógica de la unión que demandan los elementos que lo integran, principio de la síntesis, y que se interconexionan por virtud de la función centralizadora de los requisitos de fondo y forma, tan íntimamente ligados y entrelazados, y por fuerza de la consiguiente configuración

jurídica que demandan las declaraciones concernientes al acto; es decir el otorgamiento del acto es el resultado de una lógica continuidad de acción, de una inmediación de partes y Notario.

La inmediación supone entonces, un vínculo de hecho directo entre el Notario y las partes, y que, por tanto, éstas deben hallarse bajo la dependencia inmediata del funcionario actuante; contrariamente, el Notario no podrá valorar las declaraciones y menos podrá percibir la capacidad e identidad que es forzoso acreditar, por lo que es un imperativo de derecho que en la función notarial se evidencia plenamente, y que nunca podrá prescindirse de ella.

2.3.2. Finalidad

Toda acción o actitud supone un fin; así, la inmediación notarial tiene lo propio. Pues bien, la inmediación notarial implica dos cuestiones bien determinadas e importantes, a saber: Una, darle a los actos o contratos que autoriza el Notario, la autoridad de fe pública; y la otra, la seguridad de que tales actos o contratos, tengan el efecto jurídico deseado.

En el primer caso esa fe pública, significa la confianza, la certidumbre y veracidad que se tiene en el Notario, que desde luego trasciende lo superficial para adentrarse en lo más profundo de la legitimidad. Por eso bien sabido que el Notario está investido de las facultades legales correspondientes, para hacer constar y autorizar actos y contratos que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.

En el segundo caso, es lógico comprender que los sujetos que requieren los servicios del Notario, están seguros en cuanto a que el documento o instrumento público autorizado por él, conlleva los principios de que garantiza y surtirá los efectos jurídicos que presuponen,

resguardando sus derechos, ya que si uno de ellos se ve afectado por el incumplimiento del otro, o que existan vicios redhibitorios, puede ejercitar las acciones que del mismo documento o instrumento público se deriven, el cual tendrá toda la fuerza probatoria para hacer valer aquellos derechos vulnerados.

CAPÍTULO III

3. La escritura pública

3.1. Consideraciones

Antes de entrar de lleno al tema se hace referencia al instrumento público que resulta ser el género al momento de distinguir su clasificación.

Si consideramos en relación con el sujeto de que se emana, el valor del instrumento se encuentra en función de la autoridad de que el sujeto goza. De ahí se distingue:

- a) Si el documento emana de los interesados, se esta tratando de un documento privado.
- b) Si el documento emana de persona investida de función pública, el documento es público.
- c) Cuando es autorizado por Notario y está destinado a formar parte del protocolo, se denomina *instrumento público*.

Por lo expuesto se deduce que todos los documentos autorizados por Notario tienen la consideración de *documentos públicos*, pero no todos son instrumentos públicos, pues requieren un requisito más, que es *estar destinados a su creación a formar parte del protocolo*. Precisamos por ende, que instrumento y documento tienen un valor etimológico similar, es decir que se asemejan.

“La palabra instrumento proviene del vocablo latín *instrumentum*, que a su vez deriva de Instruere, instruir. Documento con que se prueba o justifica una

cosa.”³⁰

La palabra documento deviene de *docere*, que originó *docencia*, *documento*, que quiere decir enseñanza, muestra de cualquier hecho, que fija de modo material los datos, noticias y todo factor que concurren a ilustrar la parte ideal del hecho mismo. Cualquier dato, noticia y objeto que sirva para informar acerca de la ciencia de los hechos litigiosos, es un documento; y siempre que exista o haya existido, representa la parte dispositiva de la prueba. Y así un respetable sector de la doctrina, afirma que son pruebas documentales las fotografías, los discos fonográficos, los planos o diseños de arquitectos, etc., etc., concepto que ya ha sido adoptado por nuestro derecho procesal civil.

Según Enrique Giménez Arnau, el instrumento público: “es 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.”³¹

Mustapich al referirse aduce que: “el instrumento público es el otorgado con las formalidades que la ley establece, en presencia de un oficial público, a quien la ley confiere la facultad de autorizar.”³²

Carlos Emérito González, adoptando la definición de Miguel Fernández Casado, lo define como: “Es el documento notarial autorizado a instancia de parte, en el que consta un hecho jurídico o una relación de derecho.”³³

Desprendiéndose de tal concepto que, cuando un documento público es autorizado por Notario, se transforma en instrumento público, sencillamente porque el Notario está investido de fe pública y aplica no solamente sus conocimientos, sino también la ley. Cuando dice autorizado por Notario supone

³⁰ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 523.

³¹ Giménez, **Ob. Cit**; pág. 54.

³² Mustapich, José María, **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**, pág. 91.

³³ González, Carlos Emérito, **Derecho notarial**, pág. 305.

que éste sea competente, de lo contrario carece de las formalidades legales y el documento caería a la categoría de privado, siempre y cuando esté firmado por los otorgantes, por lo cual le imprime al instrumento una finalidad exclusivamente probatoria, como el acta que prueba el hecho que narra, o que en su contenido produzca un determinado efecto, como la inscripción en el Registro. Llevando consigo la formación del instrumento público para darle vida al acto o contrato que se realice, es decir la escritura constitutiva, ya que la sola voluntad de las partes carece de validez si no está plasmada en la misma y autorizada por el Notario.

En nuestro ordenamiento jurídico no encontramos una definición de instrumento público mucho menos de escritura pública, pero afirmamos que lo es por excelencia *la escritura pública*, sin embargo, haciendo un análisis de los Artículos: 8, 9, 12, 29, 59, y 60, del Código de Notariado, deducimos que los instrumentos públicos que van dentro del protocolo son: *las escrituras matrices, las actas de protocolación, y razones de legalización de firmas que el Notario registra de conformidad con la ley.*

3.2. Fines y funciones del instrumento público

En la doctrina no hay un criterio uniforme acerca de los fines del instrumento público; pero a manera de estudio citaremos los más relevantes:

- a) Dar forma legal: Equivalente a decir, constituir, hacer existir, dar vida, configurar, estructurar jurídicamente, que servirá de prueba pero no procesalmente sino como simple razón, del argumento de las partes, modelando ante éstas su voluntad con lo que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de un hecho.
- b) Eficacia en el negocio jurídico: Diciendo con esto, que el negocio jurídico se cumple aún en contra de la voluntad de las partes contratantes, ya que

el instrumento público por su carácter de autenticidad y seguridad jurídica constituye el mejor medio de garantía.

- c) Servir de prueba preconstruida: La gran finalidad en este caso, es la de servir de prueba ya que es preparada con anterioridad a un futuro litigio. Plasmando con ello una prueba escrita de gran valor jurídico que servirá para ejercer derechos o pretensiones, no olvidando como se hizo mención que admite prueba en contrario.

3.2.1. Características del instrumento público

De los enunciados vistos con anterioridad encontramos dentro de las principales:

- Garantía. Ya que constituye para ambas partes contratantes una garantía en el cumplimiento de sus declaraciones de voluntad plasmadas en el instrumento público al momento de formalizar el acto o negocio jurídico, por lo que adquiere carácter de obligatorio.
- Credibilidad. La garantía de certidumbre que emana del instrumento público lo abriga la credibilidad que funciona contra todos, y para todos; es creíble por la autorización hecha por el Notario investido de fe pública y con todas las formalidades que exige la ley.
- Firmeza e irrevocabilidad. Todas las relaciones jurídicas constituidas en escritura pública son firmes e irrevocables, porque no existe autoridad superior, ni posterior que lo revoque o modifique, por cuanto fue hecho por un Notario, y los otorgantes no pueden recurrir mas que en los casos de existir *nulidad*, en el supuesto de que no se ha cumplido con lo ordenado por la ley o faltar algún requisito esencial.

- Ejecutoriedad. Por esta característica el acreedor, en caso de incumplimiento del obligado, puede pedir la ejecución del derecho inmerso en el instrumento público, ya que éste es catalogado por excelencia como *título ejecutivo*, de las relaciones jurídicas, y hacerse efectivo con la simple presentación del mismo, tal como lo regula el Artículo 327, numerales 1º, 3º, 4º, y 5º del Código Procesal Civil y Mercantil.
- Fecha cierta. Esta característica es de gran importancia, ameritando que solamente en la escritura pública se puede obtener la certeza de que la fecha es exacta, ya que ésta se realiza indicando el día calendario vivido y en algunas ocasiones la hora en que es faccionada, creando, modificando ó extinguiendo derechos y obligaciones para las partes, aseveración que lo regula el Código de Notariado en sus Artículos 29 y 31.
- Seguridad. La formación del protocolo notarial con todos sus instrumentos públicos, su guarda, conservación y reproducción hacen menos posible la pérdida y deterioro de los mismos, protegiendo de esta manera los intereses de los otorgantes.

3.2.2. Clasificación de los instrumentos públicos

Partimos de dos teorías muy acertadas en cuanto a la división de los instrumentos públicos, los primeros denominados *principales y secundarios*; y los segundos *dentro del protocolo y fuera del protocolo*, mismas que en sentido amplio obtienen el mismo fin.

La primera clasificación es presentada por Carlos Emérito González, al aducir que principales son los que van dentro del protocolo, como condición esencial de validez por ejemplo la escritura pública. Los

secundarios, los que van fuera del protocolo, por ejemplo el acta notarial.³⁴

Para la segunda clasificación haremos referencia a nuestra legislación, ya que en Guatemala entre los documentos que se redactan en el protocolo se encuentra: *la escritura pública, el acta de protocolización y las razones de legalización de firmas*, regulado por el Artículo 8, del Código de Notariado. Mientras que las que no se redactan en el protocolo, sino que en hoja de papel simple o bond encontramos: *actas notariales, actas de legalizaciones de firmas y de documentos y en los asuntos de jurisdicción voluntaria las resoluciones notariales*.

3.2.3. Forma del instrumento público

José María Sanahuja y Soler expone que “la forma del instrumento público es el conjunto de requisitos y solemnidades que deben concurrir en él. Estos requisitos son de dos clases, según afecten al fondo o contenido del instrumento, al acto o negocio jurídico que constituye su objeto, o únicamente al instrumento público en cuanto a tal, de ahí la división de la forma en *interna y externa*. La forma interna es un elemento que encuentra su determinación en la legislación, bajo sus fases civil, mercantil, política, administrativa, eclesiástica internacional; y la forma externa, en la legislación notarial. La primera es diversa, esto, apropiada a la índole de cada documento; la segunda es general a los instrumentos públicos. Aquella, según ya dijimos, es el reflejo instrumental de la relación jurídico sustancial, y ésta, de la relación jurídico formal. Aquí haremos énfasis en la última, es decir, de los requisitos generales que ha de reunir el instrumento público; los que le dan el carácter de tal. De manera que el documento en que conste un acto o contrato,

³⁴ González, **Ob. Cit**; pág. 260.

solamente requiere el carácter de instrumento público si ostenta la forma externa prescrita en la legislación notarial.”³⁵

Basándonos en estos argumentos, podemos decir que nos interesa la forma externa, y antes de fijar o de refrescar los requisitos que nuestra legislación regula, se considera oportuno analizar en forma breve el aspecto del *otorgamiento del instrumento público*, ya que para objetivos y de la ponderación de la problemática del *principio de inmediación notarial*, y especialmente en lo concerniente a su aplicación en el *sistema bancario nacional*, es de vital importancia, no sólo por la estrecha relación que existe, sino para comprender e interpretar su razón de ser y el porque la preocupación de que se cumplan con todos los requisitos estipulados por nuestro ordenamiento jurídico, que como veremos más adelante hay una omisión y descontrol total en los instrumentos públicos que autorizan los Notarios a nivel bancario, por lo que se hace referencia al otorgamiento.

El otorgamiento, constituido como parte importante, medular y final de una escritura, en la cual se ratifica, acepta y firma, solemnizado con todas las formalidades contenidas en el instrumento público y posterior autorización por parte del Notario; desprendiéndose de ello los siguientes requisitos:

- a) La expresión libre de la voluntad de los interesados.
- b) La presencia de los otorgantes o de quienes los representen.
- c) Presencia de testigos (si los hubiere).

³⁵ Sanahuja, **Ob. Cit**; pág. 63.

- d) La presencia del Notario.
- e) La lectura del instrumento.
- f) Firma por parte de los que se obligan en el contrato.

Como vemos en primer lugar tenemos a *los sujetos*, quien es, o son las personas civilmente capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, en cuanto se establecen, modifican o extinguen relaciones jurídicas que le atañen, aunque no intervenga en el otorgamiento; a manera de ejemplo podemos citar: *la venta de bienes inmuebles de un menor*, éste es parte dentro del instrumento público, pero no otorgante. En segundo lugar encontramos al *otorgante*, que se refiere a la parte que contrata en un instrumento público, son personas que acuden al Notario, para exponerle sus voluntades en cuanto la celebración de un contrato, y recibir de éste la autenticidad y veracidad jurídica. En tercer lugar encontramos a *la parte*, quien no es más que la persona o personas que representan un mismo derecho. Frecuentemente se utiliza este término para señalar a él o los sujetos de derecho, que están creando, modificando o extinguiendo una obligación, si fuere el caso de un contrato. Y por último encontramos al *Notario*, quien tiene la misión en cuanto a los otorgantes, de asegurar según su propio juicio no solamente por existir hechos determinantes de la capacidad, calificación jurídica de la persona; sino que también de asesorar y aconsejar jurídicamente a las partes interesadas, que en determinado momento solicitan su intervención para la conclusión de un acto o contrato.

3.3. Definición

Como pudimos darnos cuenta en la clasificación del instrumento público se encuentra inmersa *la escritura pública*, misma que es la razón de ser en gran

parte del derecho notarial, por lo que a continuación mencionaremos algunas definiciones en las que sobresalen:

Podemos definirla como aquel documento autorizado por Notario con las solemnidades del derecho a requerimiento de una o más personas o partes otorgantes...con capacidad legal para el acto o contrato a que se refieran por virtud de la cual se hacen constar la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas particulares, con sujeción a las leyes y a la moral.

Fernández Casado citado por Giménez Arnau la define como: "Es el instrumento público por el cual una o varias personas jurídicamente capaces establecen, modifican o extinguen relaciones de derecho."³⁶

Argentino I. Neri, nos dice: "Son escrituras públicas las que, con las formalidades de ley, hacen ante escribano público u otro funcionario autorizado para ejercer en las mismas condiciones."³⁷

El diccionario de derecho usual de Guillermo Cabanellas, se refiere a ésta como: "El documento autorizado por Notario u otro funcionario con atribuciones legales para dar fe de un acto o contrato jurídico."³⁸

Para Rufino Larraud, "Es el instrumento notariado en un protocolo, según las formas requeridas, y que registra un otorgamiento."³⁹

Nery Roberto Muñoz concluye que: "Es la autorizada por Notario en el protocolo a su cargo, a requerimiento de parte, en la que se hacen constar negocios jurídicos y declaraciones de voluntad, obligándose sus otorgantes en

³⁶ Giménez, **Ob. Cit**; pág. 416.

³⁷ Argentino I. Neri, **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**, pág. 7.

³⁸ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 97.

³⁹ Larraud, Rufino, **Curso de derecho notarial**, pág. 305.

los términos pactados.”⁴⁰

Gattari al referirse al tema aduce que: “Es todo documento matriz que contiene un acto o negocio jurídico; a su vez, documento notarial es el instrumento público autorizado por Notario, en ejercicio de sus funciones, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley.”⁴¹

Finalizaremos diciendo que escritura pública, es el documento en el que a requerimiento de parte interesada se hace constar por Notario hábil y por personas con capacidad para ello, una declaración de voluntad, el nacimiento, modificación, extinción de un negocio jurídico o una relación jurídica, quien el autorizante lo hace conservar en un cuerpo especialmente destinado para ello, el cual se llama Protocolo.

De la definición surge una diferenciación entre dos planos, mentalmente separables, pero que en el mundo óptico y ontológico constituye una estructura que se exhibe unificada; el plano del *negotium*, que pertenece al derecho material o sustantivo, civil, comercial y el plano *instrumentum*, propio del derecho notarial, que es un derecho formal. Es decir, negocio e instrumento están recíprocamente interferidos. Ese doble plano nos permite descubrir que en el instrumento notarial deben existir elementos que actúan como integrantes del negocio en cuanto derecho sustantivo exteriorizado; también hay ciertos requisitos que desde el punto de vista formal son necesarios para conferir plena validez legal al acto realizado por las partes, fuere el instrumento impuesto por la normativa o elegido por los sujetos.

En cuanto a los derechos reales, la escritura se integra como título junto a la posesión; tiene eficacia traslativa de la propiedad, fija las titularidades con plena seguridad y posibilita la constitución de otros derechos como hipoteca,

⁴⁰ Muñoz, Nery Roberto, **El instrumento público y el documento notarial**, pág. 10.

⁴¹ Gattari, **Ob. Cit**; pág. 75.

servidumbre. Se conserva encuadrada dentro del protocolo; existe un consentimiento autenticado, una lectura explicada, salvado de errores, se basta a sí misma y existe una técnica formularia que suelen aplicar los Notarios, representando verdad coactiva y seguridad jurídica plenas.

3.3.1. Elementos de la escritura pública

Son de tres clases: *subjetivos, objetivos y formales*. Según fuere la posición del sujeto, distinguiéndose tres modalidades: titular en el derecho *subjetivo*, parte en calidad de sujeto del negocio y compareciente como sujeto del instrumento. Un vendedor es titular actual conectado con un derecho de propiedad, parte en el negocio jurídico de enajenación y compareciente en la escritura de compraventa; se trata de una sola persona, sujeto de derecho según distinto enfoque. En toda escritura pública, la parte no es solamente sujeto negocial sino también instrumental, porque en él se encuentran.

La conducta de los sujetos nos puede mostrar diversos contenidos *objetivos*, hechos jurídicos, aplicados inclusive a hechos negativos como las omisiones, actos jurídicos que, puestos por el hombre, tienen una consecuencia querida por la ley; negocios jurídicos que exteriorizan declaraciones de voluntad en la búsqueda de un fin querido por las partes dentro de las normas legales.

Todos ellos: hechos, actos y negocios jurídicos constituyen elementos sustantivos de la escritura pública, siempre que sean susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones, ya fuera *ex lege*, por imposición de la ley, o *ex voluntate*, porque sea la consecuencia legalmente buscada por los sujetos negociales.

Los elementos *formales* consisten en la comparecencia física ante el Notario, la lectura en alta voz del documento, otorgamiento o firma de los sujetos, autorización o suscripción del oficial público, conjunto que se halla presidido por el concepto y medida física, temporal y espacial, de la unidad del acto.

La valoración de todo este conjunto de conductas y de normas legales sobre los elementos que integran la escritura pública resulta ser la posibilidad concreta de dar forma, constituir y probar un negocio jurídico de manera singular. Ni el instrumento privado, ni el resto de los documentos públicos, fueran administrativos, judiciales o registrales, tienen la fuerza de la escritura pública en cuanto a los hechos percibidos por el Notario, ya que no es necesaria la querrela de falsedad para desdecirlos.

3.3.2. Requisitos de la escritura pública

Entre los requisitos de la escritura pública se hace alusión a los siguientes:

a) *Materiales o internos*. Integrados por los elementos que constituyen el acto jurídico, tales como los sujetos, objeto y relaciones o declaraciones de voluntad.

b) *Formales o externos*. Se refiere al papel a emplearse, a los márgenes de las planas, con el objeto de lograr su encuadernación, en no empleo de guarismos, o sea escritura en números, enmendaduras, tachaduras, los entrelineados deben ser salvados antes de la firma con consentimiento de los interesados. Toda labor previa de asesoramiento que realiza el Notario, desemboca en la redacción del instrumento público que, como depositario de la fe pública, autoriza o legitima el acto

o negocio jurídico que las partes desean celebrar; la redacción del instrumento público constituye por lo tanto una de las actuaciones fundamentales de la función notarial, representante la fase material de la misma, es decir, el medio por el cual los Notarios ejercen, en forma tangible, la función pública encomendada a ellos por el ordenamiento jurídico. la redacción del documento notarial tiene un doble matiz, constituye, simultáneamente, un derecho y un deber para el Notario, los cuales, como todas las demás atribuciones y sujeciones de la función notarial, provienen directamente de lo que dispone la ley.

Por otra parte el Notario como ser humano tiene un propio estilo de redacción, no obstante, determinados negocios requieren, para su completa validez y eficacia legal, de ciertas cláusulas tipos, las cuales podrían ser reducidos y en la práctica así sucede a escrituras modelos *machotes*, que tan buena acogida tiene en nuestro medio. Al redactar el instrumento público se pone de manifiesto una potestad o atribución exclusiva del Notario, conferida desde luego por el propio ordenamiento jurídico, misma que responderá íntegramente de acuerdo a la voluntad de las partes; lo cuál se hará en idioma español, el documento debe contener, la fecha y lugar del otorgamiento, expresándose la hora, cuando por disposición legal deba consignarse; y reseñar los documentos personales de los otorgante, si la ley lo exigiere o el Notario lo estima oportuno. Debe consignarse la intervención y circunstancias de los testigos.

Finalmente el documento debe ser firmado por los otorgantes -si saben o pueden-, por los testigos y por el Notario que signará y rubricará, además de firmar y estampar su sello.

3.3.3. Partes o estructura de la escritura pública

Muchos tratadistas hacen referencia a una división de la escritura pública, concluyendo varios de ellos en la *introducción, cuerpo y conclusión*, a nuestro criterio tomando como lo cambiante y moderno del derecho notarial nos enfocaremos solamente a lo siguiente:

La escritura pública es un documento que contiene unidad y uniformidad, es decir que se funde en una sola; no puede dividirse en partes, es un todo indivisible, lo que deducimos de la lectura del Artículo 29, del Código de Notariado. Solamente para comprender su contenido, se hace una división para facilitar su estudio, encontrando:

- La comparecencia. Es aquí donde se sitúa el hecho o negocio en el tiempo y en el espacio, establecido en el lugar y la fecha. El Notario que está autorizando el instrumento público, las personas que concurren celebrar el negocio jurídico, la identificación de las mismas mediante sus datos relativos a nombres completos, edad, estado civil, nacionalidad y domicilio; así como la acción que se ejercita en ese momento de celebración del negocio, es puramente personal o por medio de estar representado por otra persona y en este campo el Notario debe de calificar tal representación en lo referente a la actuación de la persona que comparece.
- La exposición. Denominada también como Antecedentes, constituyendo la descripción del objeto u objetos del negocio jurídico, con todos los detalles que puedan servir para el propio negocio, es decir títulos, gravámenes si los hubiere, y cualquier otro detalle que se refiera al acto o negocio a plasmar.
- La estipulación. Esta constituye la parte esencial del documento es en

la que se hace constar efectivamente la calificación que la ley le da a la relación jurídica que están realizando ante los oficios del Notario, es pues, la identificación del negocio jurídico con la forma que está establecida o como está estipulado en ley. Por lo tanto se dice que es el alma de la escritura y su única razón de ser. De ahí la extraordinaria importancia y el especial cuidado con que el Notario debe redactarla, poniendo a contribución su competencia técnica, generalmente, las partes solamente tienen en cuenta el resultado práctico que se proponen obtener y encomiendan al Notario, la estructuración jurídica adecuada a aquella finalidad. Debiendo de considerar el profesional del derecho, no solamente el fiel reflejo de la voluntad de las partes, sino la consecución del efecto jurídico.

- Otorgamiento y autorización. Es la última parte por decirlo así de la escritura pública, en la cual se le da lectura al instrumento, manifiestan los otorgantes su conformidad, firman e interviene el Notario para dar a conocer a los mismos, la existencia de derechos que han de quedar a salvo en virtud de privilegio legal o para ilustrarles sobre las consecuencias del acto que acaban de celebrar. Lo primero constituye reservas, y lo segundo las advertencias legales. A continuación la sanción pública que consiste en la imposición de la fe pública notarial, formalmente expresada en el signo, firma y rúbrica del Notario, precedido de las palabras *ante mí*.

Firmar, significa *afirmar, dar fuerza a la voluntad*, el consentimiento se objetivan al firmar. Su finalidad es justificar la presencia de los comparecientes, e identifican el contenido del instrumento con la persona, es prueba del consentimiento dado.

3.3.4. Participantes

En todo acto o contrato, es conveniente advertir que interviene tanto el Notario como otros sujetos de derecho que provocan su intermediación a quienes se les denomina como *otorgantes, partes ó comparecientes*.

Por la importancia que revisten estos términos, ahondaremos sobre su significado:

a) *Otorgante*: “Quien otorga; la parte que contrata en un documento público.”⁴²

“La designación de los otorgantes se hace con su nombre y apellidos, la edad, aún cuando basta la expresión de que se trata de mayores de edad cuando tal sea el caso, sin detallar los años, la profesión y el domicilio.”⁴³

Conviene analizar del porqué en el Código de Notariado en su Artículo 29, se indican los términos *comparecientes y otorgantes*, a la vez, no obstante haberlo hecho al referirnos a la forma del instrumento público, creyendo además, que si existe diferencia entre ambos. El primero se conceptúa en sentido estricto, podemos afirmar que es la persona que pide al Notario que actúe. El tratadista Argentino Gattari, al referirse a los comparecientes dice: “Son todos los sujetos que hablan, formulan declaraciones de ciencia, refiriéndose a situaciones anteriores que pueden tener consecuencias actuales o bien declaraciones de voluntad que comprometen su patrimonio ahora y en el futuro, se fundan en la rogación o requerimiento previo de uno o varios sujetos, que por hipótesis deben estar de acuerdo, ya que el desacuerdo constituye la

⁴² Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 141.

⁴³ **Ibíd.**

competencia material del juzgador.”⁴⁴

Caso palpable en las *actas notariales*, se denomina requirente, ya que el Notario solamente actúa a requerimiento, indicando que lo más correcto del término es *a solicitud*. En su sentido amplio, el compareciente es cualquier persona, y no solo quien requiere los servicios profesionales del Notario, misma que comparece e interviene en el instrumento público, verbigracia *los testigos, traductores e intérpretes*. Algunos tratadistas les denominan concurrentes, por cuanto que no se obligan dentro del instrumento público, solamente asisten y coadyuvan al otorgamiento o dicho en otras palabras pertenecen al mundo de los hechos.

En lo que respecta el segundo, es quien da el consentimiento, quien directa y personalmente realiza el acto o negocio jurídico. Desde luego, el otorgante no siempre actúa en nombre propio, sino también lo puede hacer en representación de una persona jurídica como lo es un banco del sistema, una sociedad etc. En este caso, el apoderado o representante es el otorgante.

b) Parte: “Cada una de las personas que por voluntad, intereses o determinación legal interviene en un acto jurídico plural. Contratante. Litigante; sea demandante o actor, sea demandado o reo; también en el proceso penal, el querellante o el acusado. Tercero que intervienen en un proceso”⁴⁵

Para Clemente de Diego, citado por Guillermo Cabanellas, en concepto amplio, “partes en las relaciones jurídicas se entienden los elementos subjetivos de las mismas; es decir, el ser o seres de los

⁴⁴ Gattari, **Ob. Cit**; pág. 132.

⁴⁵ Cabanellas, **Ob. Cit**, pág. 161.

cuales se predica la facultad u obligación que aparece concretada en la relación de derecho.”⁴⁶

Fuera de los casos en que el negocio jurídico es unilateral, se habla de la comparecencia de dos o más personas como sujetos directos, tal el caso en el *contrato de compraventa*, en el cual existen un vendedor, que se obliga a entregar el bien vendido, y un comprador, que se obliga a pagar el precio. Pero es preciso señalar, que una parte puede estar integrada por varias personas o ambas a la vez, con tal que cada parte tenga indudablemente un interés común.

¿Cuál será la participación del Notario? No se puede llegar a considerar a éste como otorgante o como parte directa que interviene en el acto o contrato, porque no está transmitiendo ni aceptando derecho alguno, únicamente realiza toda la función notarial a cabalidad culminando con la autorización del instrumento de que se trate. Lo que sí es cierto, es que el Notario como profesional del derecho constituye una parte medular dentro del derecho notarial, puesto que sin él no podría dársele vida jurídica al acto o contrato de que se trate.

3.4. Clasificación de la escritura pública

El autor Carlos A. Pelosi, “concluye que las escrituras son susceptibles de la siguiente clasificación:

- a) Por negocio que instrumenta: de compra venta, mutuo, donación, etc.;
- b) Por la finalidad que persiguen: confirmatorias, aclaratorias, rectificatorias, complementarias, modificatorias, ampliatorias, etc.;
- c) Por el tipo de declaración: constitutivas, reproductivas, de reconocimiento,

⁴⁶ **Ibíd.**

- confesorias;
- d) Por el modo del otorgamiento: de negocio primario y de negocio de pago;
 - e) Por los comparecientes: unilaterales, bilaterales y plurilaterales;
 - f) Por la naturaleza de la relación jurídica: inter vivos y mortis causa;
 - g) Por la naturaleza de las prestaciones: onerosa y gratuita;
 - h) Por la modalidad de las obligaciones: relativas a actos puros y condicionales;
 - i) Por las formalidades del otorgamiento: con unidad de acto o con otorgamiento sucesivo;
 - j) Por el tiempo en que se formalizan: in continenti o ex intervalo.”⁴⁷

Oscar A. Salas Marrero, las clasifica en: “principales y complementarias. Estas últimas las sub-divide en de ampliación, prórroga, confirmación, ratificación, aceptación, aclaración y de adhesión. Principales son las que persiguen una finalidad propia y exclusiva, siendo independientes de otra escritura.”⁴⁸

“Accesorias o complementarias con las encaminadas a complementar, adicionar, modificar o corregir otra anterior.”⁴⁹

En Guatemala teóricamente se manejan tres clases de escrituras siendo estas: *principales*, *complementarias* y *canceladas*, haciendo énfasis en las últimas que no nacen a la vida jurídica pero ocupan un lugar en el protocolo del Notario autorizante, reguladas en nuestro ordenamiento jurídico en el Artículo 37 literal b) del Código de Notariado.

⁴⁷ Pelosi, Carlos A, **El documento notarial**, pág. 280.

⁴⁸ Salas, **Ob. Cit**; pág. 265.

⁴⁹ Pelosi, **Ob. Cit**; pág. 283.

3.5. Efectos de la escritura pública

Dentro de los efectos que produce el instrumento público ya autorizado debidamente por parte del Notario hacemos referencia a los siguientes:

a) *Civiles y sustanciales*. El instrumento público constituye la expresión formal de carácter interno de un acto o negocio jurídico de la que resultan efectos de carácter constitutivo, como los producidos por intervención notarial, como por ejemplo la donación. Existiendo también efectos de carácter positivo, como aquellos casos en que dependen del instrumento público, efectos traslativos del acto o negocio jurídico, los cuales solamente pueden lograrse si dicho negocio es reducido a escritura pública y finalmente, de carácter declarativo o confirmatorio, en el sentido de que el instrumento público ratifica una situación existente anteriormente, siendo el caso del reconocimiento de deuda.

b) *Probatorios*. Este aspecto es el más importante del instrumento público autorizado, puesto que es utilizado por los particulares con miras a tener una prueba fehaciente sobre el acto o negocio jurídico que van a celebrar. “El efecto probatorio de la escritura pública ha llevado a muchos tratadistas al error de afirmar que este constituye el único efecto del instrumento público, lo cual consideramos por lo expuesto que carece de sustento jurídico.”⁵⁰

c) *Ejecutivos*. Como se indicó anteriormente el instrumento público constituye un medio legal para hacer efectiva la acción y se consagra en él, es decir, que es una de las formas legales más eficaces para hacer ejecutiva una obligación; ya que se consagra normalmente de plena prueba, salvo que se demuestro lo contrario.

⁵⁰ En efecto, doctrinariamente es ya obsoleto la clásica confirmación del instrumento público solamente como un medio de prueba. La doctrina clásica en materia de forma y eficacia del instrumento público, solía distinguir entre documento, documento probatorio y documento solemnitate, lo cual nos lleva a la conclusión hoy totalmente superada por las modernas corrientes jurídicas.

3.6. Nulidad o invalidez de la escritura

Para llegar a sus conceptos convendrá empezar por los positivos, es decir, por la validez y la eficacia. La validez consiste en el cumplimiento de lo normativo, legal o voluntario. Tiene que ver con la constitución orgánica del acto en su doble dimensión, negocio e instrumento. Ambos se integran estructuralmente con los elementos que deben responder a la norma; realizada esa respuesta nos encontramos frente a un estado, el de validez. Implica una concepción estática, sin alusión a los efectos, porque los efectos de validez con coetáneos con el nacimiento del acto.

¿Cuándo entonces se produce o existe la invalidez? Ella deriva propiamente de una causa intrínseca, es decir, por faltar o estar viciado alguno de los elementos esenciales del negocio; por haber sido infringida una norma imperativa, el acto es defectuoso en su constitución interna. En consecuencia, no parece correcto hablar de invalidez sucesiva o sobreviviente, la cual introduce un concepto de extensión temporal que no es el supuesto lógico de la constitución del acto.

Por su parte, la eficacia o efectividad implica una concepción dinámica que se encuentra en el desarrollo activo de las potencias. En la constitución se pone la semilla; dados los elementos válidos, aquella germina y se desarrolla. En la eficacia hemos salido del acto propiamente dicho, verificamos su vida posterior y, por ende, la validez y la eficacia no tienen por que ser coetáneas. No se debe concluir tampoco que la eficacia haya de coincidir en el tiempo con la conclusión del negocio, pues puede deferirse por un plazo determinado verbigracia si un poder así lo establece.

¿Cuándo un acto es ineficaz? Cuando cualquier obstáculo o defecto impide que despliegue sus consecuencias, entendidas como aquellas que son propias, en cuanto responden a la voluntad de las partes, y normales, porque se

producen dentro de la ley. Un acto puede tener todos los elementos constitutivos en forma y, con todo, ser ineficaz porque un obstáculo externo podría trabarlo e impedir la producción de los efectos. También es posible que reduzca los efectos propios y normales, pero quedan eliminados si penden de la exteriorización de una voluntad, o de un hecho incluso extraño a las partes.

3.7. Invalidez o nulidad del negocio jurídico

Algunos tratadistas hacen alusión que la nulidad es toda sanción legal que invalida un acto jurídico en razón de un defecto constitutivo en relación de su absolutividad u relatividad.

Mientras la nulidad absoluta que interesa al orden público es inconfirmable, no pudiendo renunciarse a su acción, la nulidad relativa que solamente interesa al orden privado, es confirmable y renunciable la acción pertinente. Ambas, en lo relativo a la prescripción de la acción, siendo así que la doctrina es casi unánime en el sentido de que la acción de nulidad absoluta es imprescriptible.

En cuanto a la nulidad e ineficacia se dice que ésta era el género y la nulidad la especie; hoy día se sigue sosteniendo lo mismo, porque en el concepto de nulidad se acepta la falta de producción de los efectos. La doctrina más avanzada distingue ambos institutos; la nulidad es estructural e intrínseca, siendo que la ineficacia es funcional y extrínseca. El mismo acto jurídico puede ser válido y, sin embargo, ineficaz, lo que vendría a demostrar más claramente la autonomía de los conceptos.

De todo tipo de vista se distinguen tres tipos de ineficacia: *la simple en sentido estricto, la relativa, que propiamente es la inoponibilidad, y la eventual, que comprende varias figuras.*

a) Ineficacia simple. El acto jurídico es ineficaz desde el comienzo; luego puede

lograr eficacia o convertir en definitiva la ineficacia de origen; en sí es plenamente válido, pero no produce sus efectos por un impedimento extrínseco, es decir, ajeno al esquema estructural del negocio; a manera de ejemplo podemos citar: el del testamento, que es eficaz desde la muerte del testador, como también que el heredero o legatario vivan, la venta de cosas futuras si llegare a existir condición y plazo suspensivo, actos que determinan que la eficacia o la ineficacia del acto se cumpla. En realidad, se distingue aquella eficacia o no, que depende de hechos de la naturaleza o de acontecimientos previstos por las leyes, es decir, todo el conjunto fijado, resulta ser ajeno al esquema estructural del negocio, en cuanto éste depende de la voluntad de las partes, pero siempre es previsto; pero si nos encontramos con condiciones, plazos, o modalidades, éstas constituyen el negocio, y, en consecuencia, se hallan dentro de la estructura de él, ya que resultan ser esenciales porque las partes así lo determinan, verbigracia un poder que tuviera vigencia solamente a partir de los 30 días de su otorgamiento.

b) Ineficacia relativa. Se denomina más propiamente inoponibilidad y resulta ser una ineficacia que se dirige especialmente a determinado sujeto, este concepto rige no entre parte, pues para ellas se producen los efectos, sino en relación a los terceros interesados que no han intervenido en el negocio jurídico, ya que en esta se supone que la falta de cumplimiento de algún requisito especial establecido por la misma, permite al tercero ignorar la existencia del negocio jurídico realizado, y a las partes del mismo les impide ejercitar pretensiones jurídicas dirigidas a ese terreno protegido por el legislador. Entre los casos de inoponibilidad positiva citamos a la publicidad registral. La inoponibilidad negativa trae el caso del adquirente de buena fe y a título oneroso a quien no le es oponible el derecho de terceros.

c) Ineficacia eventual. También denominada sucesiva potencial, se refiere a los negocios impugnables o de eficacia eliminable de la doctrina alemana e italiana.

En estos casos, los actos jurídicos al momento de su otorgamiento son constitutivamente válidos y eficaces, pero en razón de actos posteriores, que son los indicados, pueden devenir ineficaces. Se trata entonces de una ineficacia sucesiva o potencial. En resumen, mientras la invalidez es una sanción que surge de la ley, la ineficacia también puede emanar de voluntad; la nulidad ataca el momento constitutivo del acto, la ineficacia el momento consecucional. De cualquier manera, ambos conceptos se relacionan, ya que un acto atacado de nulidad tampoco produce los efectos o sen tambaleantes; mas su tratamiento como capítulos autónomos le da más vida y posibilidades.

3.8. La técnica notarial

Empezamos por entender por técnica aquel: “Conjunto de conocimientos y recursos de que sirva una ciencia o arte. Pericia o habilidad para usar de esos procedimientos y recursos.”⁵¹

Por técnica notarial se debe entender aquel conjunto de procedimientos y recursos que utiliza un Notario al momento de redactar una escritura pública. Por lo que entre estos aspectos a tomar en cuenta encontramos:

- La rogación. Refiriéndose con esto a que el Notario no puede actuar de oficio al momento de redactar una escritura pública, por consiguiente necesita el requerimiento a instancia de parte o de partes interesadas.
- La competencia notarial. Entendiendo que el Notario en su actuar se enfoca en aquellos asuntos en los cuales tiene intervención por la potestad en él delegada, siempre y cuando en estos no exista litis, ya que puede actuar tanto dentro como fuera de la república.

⁵¹ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 980.

- La claridad. El Notario al momento de redactar la escritura pública debe utilizar un lenguaje claro y adecuado, evitando que lo plasmado en ella tienda a confundirse o dársele un sentido diferente con el uso de palabras innecesarias, o en dado caso al hacer uso de términos jurídicos se encuentra en la obligación de explicarle a las partes que requieren de sus servicios.
- La observancia de la ley. Como un profesional del derecho, en la redacción de la escritura pública debe de observar a cabalidad lo regulado en la ley o leyes a emplear, evitando con esto documentar actos que vayan en contra de la ley, las buenas costumbres, la moral, así sea lo requerido por los requirentes.
- Los fines de la escritura. Esto se logra cumpliendo con todos los requisitos legales del instrumento público para lo cual fue creado, dando con esto seguridad jurídica a las partes que intervienen y estando convencido que lo estipulado debe de cumplirse a cabalidad.
- Los impedimentos del Notario. En su actuar el Notario actuará siempre conforme a derecho, esto es, dando cuenta de su situación jurídica actual, ya que si en determinado momento se encontrara inhabilitado o impedido de actuar en sus funciones notariales debe de abstenerse a toda costa de intervenir y autorizar los actos o negocios jurídicos, puesto que acarrearía nulidad del instrumento público como también responsabilidad de tipo penal, administrativa y disciplinaria, lo que se encuentra regulado en los Artículos: 3º, 4º, 77, y del 98 al 106 del Código de Notariado.
- La conservación y reproducción de la escritura. Como de todos es sabido que la escritura pública una vez autorizada y por quedar plasmada dentro del papel especial de protocolo queda en poder del Notario, por cuanto al ser depositario del mismo le compete su guarda y custodia, por este hecho

existen formas de reproducción de la misma dentro de ellas encontramos: *copia simple legalizada, testimonios, y testimonios especiales*, modos en los cuales se entrega constancia del otorgamiento hecho por las partes contenido en el instrumento, llevando consigo aparejado el principio de seguridad jurídica; según lo establecido por el Código de Notariado en sus Artículos del 66 al 76.

- El registro. Por la importancia jurídica de lo que representa lo plasmado en las escrituras públicas, gran parte de los testimonios o copias simples de las mismas van a los registros públicos, verbigracia una *compra venta de bien inmueble, una identificación de persona, una donación, una carta de pago*, etc. Esta obligación no es competencia del Notario autorizante lo que se deduce de la interpretación hecha al Artículo 29, numeral 11º, del Código de Notariado, al hacer mención que la única obligación del Notario es hacer efectiva la advertencia a los otorgantes que *deben* presentar el testimonio a los registros públicos para que el acto o negocio jurídico surta sus efectos.

3.9. Modelo de una escritura pública

Comparecencia

Uno (1): En la ciudad de Guatemala, a los veinte días del mes octubre de mil novecientos noventa y seis. Ante mí: Antonio Darinel Barrios Mazariegos, Notario, comparecen: Rafael Gabriel García Ramos, de veintinueve años de edad, soltero, estudiante, guatemalteco, de este domicilio, se identifica con cédula de vecindad número de orden A guión uno y de registro novecientos cuarenta y seis mil, doscientos veinticinco, extendida por el Alcalde municipal de la ciudad de Guatemala, y Mario Roberto Tul Gómez, de treinta y cinco años de edad, casado, economista, guatemalteco, de este domicilio, se identifica con cédula de vecindad número de orden A guión uno y registro ochocientos

veintiséis mil trescientos cuatro, extendida por el Alcalde municipal de la ciudad de Guatemala. Los comparecientes me aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles y que por la presente celebran contrato de compraventa de conformidad con las cláusulas siguientes: -----

Exposición

Primera: El señor Rafael Gabriel García Ramos, manifiesta que es propietario de la finca urbana inscrita en el Registro General de la Propiedad de Guatemala, bajo el número tres mil doscientos (3,200), folio tres mil (3,000), del libro veinte (20), del departamento de Guatemala, la cual consiste en lote de terreno sin construcción, ubicado en la doce avenida siete guión treinta de la zona uno de Guatemala, cuyas medidas, área y colindancias constan en su respectiva inscripción registral, sobre el cual no existe ninguna clase de gravámenes, anotaciones ni limitaciones que afecten los derechos de la otra parte, advirtiéndole el Notario de las responsabilidades en que incurre si lo declarado no fuere cierto.

Estipulación

Segunda: Continúa manifestando el señor Rafael Gabriel García Ramos, que por el precio de Diez mil quetzales (10,000.00), que declara tener recibidos el día de hoy vende cede y traspaşa la propiedad y posesión de la finca identificada en la cláusula anterior al señor Mario Roberto Tul Gómez, en la venta se incluye todo lo que de hecho y por derecho le corresponde. Tercera: El señor Mario Roberto Tul Gómez, manifiesta que en los términos anteriormente consignados acepta para sí la venta que por el presente acto se le ha hecho.

Autorización

Yo, el Notario doy fe: a) de que todo lo escrito me fue expuesto y de su

contenido; b) de haber tenido a la vista las cédulas de vecindad indicadas en el presente instrumento, así como el título de propiedad con que acredita sus derechos el vendedor, consistente en testimonio de la escritura pública número noventa y seis, autorizada en esta ciudad el quince de mayo de mil novecientos noventa por el Notario Rodolfo Antulio López Pérez; c) de advertir a los otorgantes la obligación de registrar el testimonio de la presente así como el pago del impuesto respectivo. Leo lo escrito a los otorgantes, quienes enterados de su contenido, objeto, validez y efectos legales, lo ratifican, aceptan y firman con el Notario autorizante.

(f) Rafael Gabriel García Ramos

(f) Mario Roberto Tul Gómez

Ante mí:

Firma y sello del Notario.

CAPÍTULO IV

4. Fundamentos a considerar en la inobservancia del principio de intermediación en las escrituras públicas otorgadas por entidades bancarias

4.1. Antecedentes de la actividad notarial relacionada con el sistema bancario

Haciendo un análisis histórico, en 1881 se funda el primer banco de los que actualmente operan en el sistema bancario de Guatemala, cuyo nombre fue banco de Occidente. Este antecedente tuvo lugar en la ciudad de Quetzaltenango, segunda en importancia después de la ciudad capital de Guatemala y seguramente para ese tiempo era muy reducido el número de Notarios que intervenían en las operaciones bancarias.

Dos aspectos importantes salen a relucir y que tienen mucho que ver como antecedentes vinculados al problema de la intermediación notarial, motivo de estudio en el presente trabajo, siendo ellos el estatus de la profesión del Notario, y la multiplicación y diversificación de las operaciones bancarias.

La composición de la sociedad guatemalteca inclusive hasta mediados del siglo pasado, determinó el status de la profesión del Notario siendo en consecuencia éste un personaje situado por lo general en las más altas esferas de la sociedad, provenientes en su mayoría de familias acaudaladas y con un nivel de influencia y reputación que le permitían disfrutar del reconocimiento y respecto como tal por parte de los funcionarios tanto del sector público como del privado, lo que se traduce en el grado y tipo de relación que se establecía entre el Notario y estos funcionarios así como los propietarios y accionistas de los bancos por ejemplo.

Reviste gran importancia el acceso y contacto del Notario con el representante legal de una entidad bancaria, asegurando la efectividad del

principio de intermediación notarial al otorgar el representante de los bancos en presencia del Notario los instrumentos públicos relacionados por éste, sobre aquellas operaciones bancarias especialmente las relacionadas con contratos de mutuo, constitución de gravámenes, como derechos reales de garantía, etc.

Estos factores influyeron negativamente año con año con el principio de intermediación notarial. El carácter impersonal de la relación entre el Notario y el funcionario del banco, no se presentó todavía sino hasta después de los años 60 a 70 del siglo pasado, con mayor pronunciamiento en la década de los años 80. Ese estatus se vio afectado según lo muestra la historia contemporánea, por la apertura y mayor acceso a la profesión del notariado. Influyendo indudablemente en la proliferación de la profesión y por consiguiente es también ostensiblemente mayor ahora el número de personas que participan como profesionales del notariado en la actividad propia, relacionada con las operaciones crediticias de las entidades bancarias.

Por consiguiente dentro de la entidad bancaria se deja sentir la influencia de este fenómeno que da como resultado la masificación de las relaciones entre el Notario y el ejecutivo del banco, evidenciándose esto en el trato impersonal entre los mismos, ya que en virtud de las circunstancias señaladas la relación con el Notario, por lo general, salvo escasas excepciones se da exclusivamente por intermedio de empleados o funcionarios de otro nivel dentro de la entidad bancaria, por medio de los cuales el Notario realiza tanto su función notarial, desconociendo en muchas ocasiones al mismo signatario del instrumento que autoriza en cuanto a la entidad se refiere.

Sumándose a todo esto otro aspecto que afecta la intermediación notarial en relación con el sistema bancario, como es la multiplicación y masificación de las operaciones realizadas por dichas Instituciones. El mayor número y diversidad de operaciones que actualmente realizan los bancos, indudablemente también influyen en la relación impersonal señalada y afecta la intermediación notarial,

porque los gerentes o funcionarios de los bancos responsables de firmar los instrumentos públicos no reciben en forma personal al Notario autorizante, limitándose a estampar su firma en las escrituras públicas que le son presentadas después de un proceso de aprobación de una minuta proporcionada por la entidad bancaria la cual le sirve de base al Notario una vez haber sido aprobada por el banco para faccionar la respectiva escritura, mediante una exhaustiva revisión por medio del departamento de asesoría jurídica de la entidad.

4.2. El problema del ante mí, sin la intermediación física del Notario

La situación aunque en algunos casos sea involuntaria, más bien impuesta por las circunstancias ya expresadas en párrafos anteriores, impide al Notario estar presente físicamente en el momento preciso del otorgamiento del instrumento público y por lo consiguiente allí aparece el problema de tener que estampar las palabras: *ante mí*, sin la intermediación física del profesional del derecho y alguna de las partes contratantes, lo cual nos lleva a tomar cartas en el asunto a manera de lograr una mayor atención y reflexión para depurar tan grave mal que nos invade día con día; pues de todos es sabido que nuestro ordenamiento jurídico en el Artículo 29 numeral 12, impone al Notario los requisitos esenciales y no esenciales en cuanto a la elaboración del instrumento público, al referirse como uno de esos requisitos la firma de los otorgantes ante el Notario, consignando la misma norma lo procedente en casos excepcionales. En ese mismo sentido el Artículo 31 del mismo cuerpo legal en el numeral 6., establece como una de las formalidades esenciales de los instrumentos públicos las firmas de *todos* los que intervienen en el acto o contrato.

En la práctica en cuanto se refiere a instrumentos públicos relativos al sistema bancario, la firma de tales instrumentos por parte del representante legal de la entidad, usualmente no se hace ante el Notario por lo cual, no existe seguridad jurídica para la otra parte que comparece en el contrato, lo cual se

hace referencia más adelante. En consecuencia existe un desfase peligroso entre la legislación y la práctica dentro del sistema bancario que afecta de manera contundente al principio de intermediación notarial.

4.3. La representación

4.3.1. Definición

Por ser de gran utilidad al objeto de nuestro estudio se hace referencia a lo que es la representación, a manera de evidenciar como el Notario por fuerza de la costumbre o por imposición de la entidad bancaria omite con responsabilidad de su parte tanto los principios propios del derecho notarial, como los requisitos o formalidades esenciales de validez del instrumento al momento de faccionar la escritura pública.

La voz tiene muchos significados de interés jurídico, dentro de los cuales se encuentran:

“Concreta con exactitud expresión o exposición del pensamiento. Símbolo, figura, imagen de algo o alguien. Substitución de una persona por otra en cuyo nombre se actúa. Sucesión de una cualidad o derecho. Carácter o dignidad con que actúa una persona. Delegación de las facultades propias en un mandatario o apoderado, que ostenta la personalidad jurídica del mandante o poderdante en asuntos determinados.”⁵²

Guillermo Cabanellas establece que: “La representación es la sustitución de una persona en cuyo nombre se actúa, expresando que en el derecho civil la expresión ofrece tres aspectos fundamentales: En la

⁵² Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 1034.

capacidad general de las personas, para suplir sus limitaciones, como se proponen la patria potestad y la tutela; a) En orden a la posibilidad de delegar las facultades propias, como en el poder y el mandatario; b) En tanto que institución hereditaria, como derecho de representación que corresponde a ciertos herederos forzosos.”⁵³

4.3.2. Representación legal

Es aquella que la ley establece como solución para las personas que necesiten ser representadas, por no poderlos hacer por si mismas, por falta de posibilidad física o mental plena o por otra causa especial. Pudiendo ser ésta de una persona individual a otra, para que tenga valer sus derechos y cumplir con sus obligaciones, o porque dicha persona no puede o no quiere hacerlo, o bien que se trate de personas jurídicas que actúan por medio de personas individuales, tal es el caso de las entidades bancarias que actúan en nuestro país. Es aquí donde interviene una persona física denominada Representante Legal, dicho en otras palabras *el que ostenta una representación*.

Comprendida también como aquella en que en derecho positivo establece con carácter imperativo y complementario de la capacidad de determinadas personas, sin posibilidades físicas plenas, por causas especiales.

4.3.3. Representación por notoriedad

Este tipo de representación se hace sentir cuando los requirentes afirman actuar como personas de carácter público: Jueces, Presidente, Gobernador, Ministros, Intendentes, Presidentes de bancos oficiales,

⁵³ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 551.

Obispos y similares, el Notario debe comprobar que dichas personas ocupen tales cargos notoriamente, bastando esa invocación. Además deben exhibir la documentación exigible para fundamentar el acto dispositivo. La notoriedad es siempre relativa y está limitada al ámbito geográfico en que el funcionario ejerce el cargo.

4.3.4. Representación orgánica

Incorporada por la teoría del órgano; por lo tanto, las sociedades tienen tal representación. Haciendo un repaso de las sociedades veremos la sociedad colectiva: administradas conforme un contrato, si no hubiere designación, administra cualquier socio indistintamente; en cambio en la sociedad en comandita simple administra el socio comanditado. En la sociedad de responsabilidad limitada es administrada y representada por uno o más gerentes, según el contrato. Si hay varios administradores la representación es indistinta, salvo exigencia de forma conjunta. Las sociedades en comandita por acciones son representadas por el o socios comanditarios con administración indistinta, sin no se dispone de otra cosa; de lo contrario cualquier socio indistintamente la representa y realiza cualquier acto del objeto.

4.3.5. Representación necesaria

La denominada representación necesaria, no es más que la relación con carácter obligatoria por exigirlo la naturaleza de las partes o las normas aplicables, que no actúan por sí mismas, sino a través de otras, a manera de ejemplo encontramos: *el Estado, a través del Procurador General de la Nación, el municipio, actuando por medio de su Alcalde municipal, etc.*

4.3.6. Representación de un banco

Todas las entidades bancarias sean estatales o privadas por ser personas jurídicas actúan por medio de sus representantes legales, pudiendo recaer esa responsabilidad en el presidente de la entidad, el gerente, el administrador, u otro funcionario constituido para el efecto.

En el caso de un banco estatal su representante necesita reunir con los siguientes requisitos: *acta notarial de nombramiento autorizada por un Notario, en base al Acuerdo Gubernativo en que se le nombró y el acta de toma de posesión del cargo.*

Cuando se trata de un banco privado la representación es delegada por medio de: *acta notarial de nombramiento autorizada por un Notario en base a la escritura social de constitución y el libro de actas en que se le nombró, el acta notarial de nombramiento debe estar inscrita en el Registro Mercantil General de la República*

4.4. Disposiciones legales

Previo a su ubicación en nuestra legislación, es necesaria una reseña histórica de los fundamentos de la existencia de la legislación notarial. La sola existencia de una función pública notarial, así como de la existencia del instrumento público, son puntos en los cuales se desprende la necesidad de una legislación que regula esta rama del derecho, es decir, que las leyes que normen en forma específica todo lo relacionado con el derecho notarial, y es así como en casi todos los países existen leyes o Códigos de Notariado.

La legislación notarial fija su atención principal en dos cosas. *el Notario*, como profesional del derecho encargado de darle vida jurídica al instrumento público y en el *instrumento público*, como documento auténtico contentivo y de

actos jurídicos expresados por los hombres, en sus relaciones contractuales y del tráfico jurídico por intermedio del Notario.

La evolución del derecho notarial en Guatemala ha tenido sus raíces desde el año de 1543, en donde aparece el escribano don Juan de León cartulando como entonces se llamaba, y a partir de esa fecha, se han emitido varios decretos mejorados y actualizados, hasta llegar al último que es el que se encuentra vigente en la actualidad, y nos referimos al Decreto 314 del Congreso de la República, -Código de Notariado- el que fue promulgado el 30 de noviembre de 1946 publicado el 20 de diciembre de ese mismo año, y entrando en vigencia el día 1 de enero de 1947.

La ubicación del principio de inmediación notarial en el decreto 314 Código de Notariado se encuentra reglamentado palpablemente en su Artículo 29, fijando taxativamente los requisitos legales que el Notario deberá observar en la redacción de los instrumentos públicos, y lógicamente ello encontraremos en sus diferentes incisos que como se apuntó en notas anteriores *la inmediación notarial se desarrolla, de una parte, entre el Notario y los intervinientes en el documento o instrumento público, y de la otra, entre el Notario y el documento o instrumento que autoriza.*

Bajo estos conceptos transcribimos los incisos del citado Artículo en donde se ubica a nuestro juicio el principio de inmediación notarial, tomando en consideración la cercanía, contigüidad o relación de proximidad entre las partes y el Notario, aclarando que con ello, no se quiere restar importancia en lo que al Notario respecta, hacia el documento o instrumento público a autorizar, ya que existen algunos numerales que tienen estrecha relación con éste último.

Entre los incisos del Artículo 29 del Código de Notariado encontramos: "... 2. Los nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes. 3. La fe del conocimiento de las personas

que intervienen en el instrumento, y de que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles. 4. La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el Notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el Notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente. 5. Razón de haber tenido a la vista los documentos fehacientes que acrediten la representación legal de los comparecientes en nombre de otro; describiéndolos e indicando lugar, fecha y funcionario o Notario que los autoriza. Hará constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio, para el acto o contrato. 10. La fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificación y aceptación. 11. La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos. 12. Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del Notario, precedida de las palabras *ante mí*. Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto otro que especificará el Notario firmando por él un testigo, y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho. Cuando el propio Notario fuere el otorgante pondrá antes de firmar la expresión: Por mí y ante mí.”

4.5. Su interpretación

Una vez descifrados y transcritos los incisos donde se ubica el principio de inmediación notarial en nuestra legislación, resulta conveniente efectuar el análisis de interpretación de los mismos, a efecto de que posteriormente se pueda hablar sobre la importancia que tiene dicho principio en función del Notario.

Entrando en materia del tema, del inciso 2) del citado Artículo, inferimos que el establecer los datos de las personas que intervienen en el acto o negocio jurídico, señalando su nombre, edad, la circunstancia de su estado civil,

nacionalidad y domicilio, con ello se está cumpliendo un requisito que exige la ley de la materia, como parte de la comparecencia, porque suele darse el caso de que varias personas ostenten un nombre parecido o solamente éste se conforme con un solo apellido, lo cual se hará constar en el instrumento público. Todas estas características las consigna el Notario por lo que resulta de la declaración de los interesados o por referencia de sus documentos de identidad personal, mismos que serán presentados de manera personal por los autorizados ante el Notario autorizante.

Siendo uno de los elementos esenciales de la escritura pública los sujetos que concurren a su otorgamiento, está justificando que la ley quiera dar mayor certidumbre al hecho de que las personas que comparecen son las que dicen ser. De nada serviría, tener la prueba auténtica de las declaraciones contenidas en el acto o contrato si no se tiene la certeza de las personas que las han formulado, por otro lado así lo impone la seguridad jurídica, de allí emana la necesidad de transcribir los datos de las personas que intervendrán en el acto o negocio jurídico.

En lo concerniente al inciso 3) relacionado a la fe de conocimiento de las personas, debe decirse que a diferencia de otras legislaciones, la nuestra exige que el Notario exprese en el instrumento público su juicio sobre la identificación del otorgante, si es el caso de que lo conoce. Para esta dación de fe, se emplea esta fórmula: *ante mí, comparecen por una parte..., y por otra parte..., personas de mi conocimiento y las que aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles*, términos que se utilizan comúnmente cuando se tiene fe de conocimiento de las personas.

Este inciso afecta a la identidad del otorgante, pero no garantiza sus circunstancias de edad, estado civil, profesión u domicilio, que los consignará el Notario, por lo que resulte de la declaración del propio interesado o por referencia de sus documentos de identidad, sin perjuicio de que, en caso de

duda, pueda exigir las certificaciones del Registro Civil y cuantos documentos estime convenientes. Lo ideal en estos casos, cuando el Notario conoce a una persona compareciente, se deduce que conoce todos sus datos acerca de su estado civil, pero eso no es posible, porque el Notario, ni siquiera tratándose de amigos o conocidos podrá saber con exactitud lo referido, aunque existen algunas excepciones. Con la fe del conocimiento se trata de evitar la usurpación del estado civil, debiendo cerciorarse el Notario de la identidad del sujeto por los medios que crea convenientes.

En lo que se refiere al inciso 4) relacionado con la identificación de los otorgantes cuando no los conociere el Notario, el mismo estipula que ha de acudir a algunos de los medios supletorios que refiere, es decir por medio de la cédula de vecindad, el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el Notario, o por ambos medios cuando lo estimare conveniente, ya que en nuestro medio el único documento de identificación al comparecer en una escritura pública es la cédulas de vecindad o pasaporte en el caso de que el compareciente fuere extranjero.

Si bien es cierto que todo evoluciona, y que la cédula de vecindad, el pasaporte o los testigos en este caso de conocimiento ya no son suficientes para la identificación de los otorgantes, o existen como en varias ocasiones incongruencias con la realidad, de ser así, es saludable entonces que el Notario deje de conocer el asunto, o reformar nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto al inciso 5) cuando la persona no comparece por sí misma, el Notario deberá tener a la vista el documento que acredite la representación que se ejercita, en este caso, con el testimonio de la escritura pública de otorgamiento del Mandato debidamente registrado en el Registro de Poderes y Mandatos del Archivo General de Protocolos; con lo cual se cumplirá el requisito fundamental en el que se acredite que la persona que interviene está facultado para ello.

Por otro lado la ley exige que se haga constar en el propio instrumento, no solamente de tenerlo a la vista sino que queda a juicio del Notario y conforme a la ley que la misma es suficiente para el acto que se va a celebrar.

De tal manera de que aquí sí existe responsabilidad por parte del Notario, en el sentido de que al certificarlo en el mismo instrumento público en el instante de hacerlo constar en él, ya que la representación ejercitada es suficiente conforme a la ley, es decir *que cumple con los requisitos legales de validez* y a criterio del Notario que autoriza.

Con relación al inciso 10) su contenido creemos que es bastante claro, ya que aduce a la fe de haber leído el instrumento público faccionado a los interesados, como su ratificación y aceptación. Como es de reconocer que la otra parte del otorgamiento, es el consentimiento y el mismo consiste en que después de haberse leído el instrumento público las partes admiten que las declaraciones que se les atribuye en el mismo, son conformes con las emitidas por ellas, de lo cual el Notario da fe de lo expuesto posteriormente mediante su firma lo autoriza.

Cuando el Notario hace referencia a los términos *quien ratifica, acepta y firma*, y no digamos cuando firman los otorgantes es el momento cumbre de una escritura pública, en la cual existe una prestación de consentimiento al texto recién leído por entero. Es una de las partes que comprende la serie de actos, que se desarrollan a presencia del Notario con posterioridad a la redacción de la escritura pública y que encuentra su punto final en la autorización, dotando al instrumento público de certeza y seguridad jurídica por la fe pública de la cual está investido.

En el inciso 11) se interpreta que de esta denominación se comprenden las prevenciones que los Notarios deben hacer a los otorgantes a fin de que conozcan la trascendencia jurídica de lo plasmado y poderse evitar algún tipo

de perjuicio para salvaguardar el Notario con esto su propia responsabilidad, además con esto justificar la existencia de esta norma jurídica haciendo uso de las advertencias legales con las que cuenta como conecedor y profesional del derecho.

Consecuentemente el Notario tiene la obligación de explicar a los otorgantes la existencia de ciertos derechos a favor de terceros, que gozan de preferencia por disposición legal, advertirles los deberes legales que supone el acto contenido en el instrumento como lo es *la presentación del título al registro correspondiente para su inscripción correspondiente a manera de que el acto o negocio jurídico que se trate surta todos sus efectos*. Como ya lo indicamos esta responsabilidad no es del Notario sino que de las partes otorgantes, sin perjuicio de que en muchos casos es el mismo Notario quien cumple con esta función.

Por último tenemos el inciso 12) al respecto la ley considera que con la autorización del documento por parte del Notario, luego de haber firmado los otorgantes y demás comparecientes, queda establecida la intervención notarial, con lo cual se pone de manifiesto la imposición de la *fe notarial*, formalmente expresada en el signo sello, firma y rúbrica del Notario. Afirmando con esto, que con la autorización como parte final del instrumento público, el Notario certifica lo contenido en él, así como también que se han cumplido con todos los requisitos establecidos por nuestra legislación.

Con lo comentado, se asevera con toda seguridad que cada uno de los incisos relacionados se encuentra inmerso el principio de inmediatez notarial, por cuanto encontramos cercanía, contigüidad, o una relación de proximidad con los otorgantes y el Notario, siendo las razones fundamentales y en que se deben de recalcar al momento que los interesados hacen uso de la función notarial; haciendo referencia que no pueden de ninguna forma actuar terceras personas que no tengan interés directo en el asunto de que se trate, no

solamente por la seriedad que reviste el instrumento público, sino que por eso existe un ordenamiento jurídico positivo y vigente que obliga al estricto cumplimiento de dichos requisitos.

4.6. Uso de las minutas

Es frecuente que las partes interesadas presenten ante el Notario un proyecto sobre la redacción que desean darle al acto o negocio que celebrarán; por tanto, el Notario no se puede apartar en determinados casos, de las palabras exactas del borrador presentado por los comparecientes.

Para Oscar A. Salas, “el Notario no debe desatender los proyectos o minutas que le presenten los otorgantes por tres razones fundamentales: a) La voluntad de las partes deberá traducirse lo más fielmente posible en la redacción del documento notarial, lo cual es obvio que se logre mejor mediante la propia redacción de los instrumentos. b) Los otorgantes pueden haber consultado el proyecto de redacción con sus abogados, especializados en la materia. c) No se debe desestimar las sugerencias de personas cuya actividad se desarrolla de cara a la vida misma, que constituye la fuente inagotable de nuevas relaciones humanas, a las cuales el Notario debe dotar de forma jurídica adecuada. El Notario no se debe encasillar en redacciones formalistas y cajoneras, sino que debe estar abierto a las realidades de un mundo constante en transformación.”⁵⁴

Quizás para los Notarios, y de manera muy particular el de los bancos, creen suplir el cumplimiento de tales requisitos con la existencia de las famosas *minutas* que no son más que: “Extracto o borrador que se hace de un contrato u otra cosa, anotando las cláusulas o partes esenciales, para copiarlo después y

⁵⁴ Salas, **Ob. Cit**; pág. 356.

extenderlo con todas las formalidades necesarias a su perfección.”⁵⁵ Desde nuestro punto de vista no es así, por cuanto que las mismas se refieren al acto o negocio jurídico en sí, que se encierra en la parte que comprende *la exposición y la estipulación, del instrumento público*; pero que en ningún momento puede afirmarse que con ello se cumple con las partes de la comparecencia, otorgamiento y autorización, que corresponde de manera directa a la voluntad de los otorgantes.

El Notario debe tomar muy en cuenta las minutas presentadas por los otorgantes al momento de cualquier contratación y en especial las proporcionadas por las entidades bancarias y no debería aceptarlas en forma irrestricta, dado que su función implica una labor de permanente vigilancia sobre la legalidad de los negocios jurídicos que las partes deseen contratar. La función notarial se debe desempeñar en forma consciente, evitando hasta donde sea posible, la comisión de errores u omisiones que vayan contra lo dispuesto por el ordenamiento jurídico. El contenido de la minuta que las partes entregan al Notario debe ser sometida a un cuidadoso análisis, con el objeto de ser enmarcada dentro de lo legal o bien para agregar aquellos párrafos que son necesarios para la completa configuración jurídica del documento notarial en cuestión.

En conclusión, el Notario puede negarse a que ciertas minutas formen parte de la redacción de un instrumento público, cuando éstas se encuentren en abierta contradicción con el ordenamiento jurídico o sean incorrectas desde el punto de vista de la técnica notarial.

Para evitar esa clase de anomalías, y para que la intermediación notarial asuma la credibilidad que lleva implícita, el procedimiento adecuado y recomendado es que, agotados los trámites previos se presente al representante legal de la

⁵⁵ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 769.

entidad bancaria previa comprobación legal del cargo que ostenta el instrumento público redactado para el efecto en el protocolo del Notario para la firma correspondiente; el Notario se haga acompañar de su cliente a la oficina respectiva del banco, en donde en presencia de ambos otorgantes le de lectura al contenido de dicho instrumento, y tal como lo determina la ley sea aceptado, ratificado y firmado, evitando con esto la violación al principio de inmediación notarial y posibles daños a las partes contratantes y a terceros.

4.7. Su importancia

Al hablar sobre la importancia, es necesario hacer mención de un punto que nos puede dar la pauta para entender la importancia que tiene el principio de la inmediación notarial, y nos referimos a la *unidad del acto*. Históricamente las formas solemnes tenían un requisito de extraordinaria rigidez: *la unidad del acto*. Todo hecho que quedará fuera del único acto era considerado como inexistente. En el derecho moderno la unidad del acto se ha transformado en unidad de contextura. En el instrumento público debe darse la concurrencia simultánea de la presencia del Notario, la presencia de los otorgantes, la fe de conocimiento, la presencia de los testigos, la lectura del instrumento, para que enterados de su contenido las partes lo consientan y lo firmen. Con este consentimiento las partes cubren el texto sin lagunas, desde el principio al final o sea que el día que se inicia un instrumento, ese mismo día debe terminarse; si bien es cierto que debe tenerse especial cuidado con los testamentos, también lo en los otros instrumentos verbigracia los regulados en el Artículo 42 del Código de Notariado.

Es imperativo para el Notario como para los otorgantes, la necesidad e importancia de cumplir a cabalidad con los requisitos esenciales y no esenciales que nuestro ordenamiento jurídico estipula para la celebración de cualquier acto o negocio jurídico, ya que de no hacerlo el documento notarial puede ser declarado ineficaz por carecer su contenido de los requisitos que la ley

establece, en ambos casos se incurre en nulidad, que produciría la ineficacia del instrumento público para producir efectos jurídicos, por causa de algún vicio en su contenido o en su forma.

La nulidad tiene dos orígenes. Por un lado puede ser nulo el instrumento público porque sea nulo el negocio que lo contiene, en cuyo caso estamos ante una *nulidad de fondo*, y por el otro lado, porque en la autorización falta algún requisito esencial que la ley establece como presupuesto de validez, en cuyo caso estamos en presencia de una *nulidad de forma*.

Para los efectos de interpretación, transcribimos literalmente los fundamentos legales de donde deducimos la importancia que tiene el principio de intermediación notarial, como lo constituye el Artículo 32 del Código de Notariado, que estipula: “La omisión de las formalidades esenciales en instrumento públicos, da acción a la parte interesada para demandar su nulidad, siempre que se ejercite dentro del término de cuatro años, contados desde la fecha de su otorgamiento.” En el Artículo 33 del mismo cuerpo legal, reza: “La omisión de las formalidades esenciales, hace que incurra el Notario en una multa de cinco a cincuenta quetzales según el caso.” Y contemplado en el Artículo 35 al regular: “Para que proceda la responsabilidad civil de daños y perjuicios contra el Notario por nulidad del instrumento, es necesario que haya sido citado y oído en el juicio respectivo, en lo concerniente a la causa de nulidad.”

A manera de ejemplo, en los documentos en donde interviene el Notario que se manejan dentro del sistema bancario, no logra realizar su función conforme a la ley, debido a que no se encuentra en contacto directo con el representante legal de la Institución, es decir que no existe una intermediación en el que pueda dar fe de lo que ve y escucha, principiando por la falta de comparecencia física ante el Notario, proporcionar sus datos de identificación, que dicho sea de paso la secretaría de la entidad bancaria es quien proporciona los mismos,

concurriendo también la falta de proceder a la lectura del contenido de la escritura pública en presencia de los que intervienen en ella, así como de las advertencias legales, y con esto más nunca firma en presencia de él, lo que evidencia claramente la poca o nada importancia que se le da a la plenitud que reviste los términos *ante mi*, puesto por el Notario, y por ende se sale de los lineamientos que estipula la ley de la materia, resultando con esto que en la práctica se actúa de manera contraria al ordenamiento jurídico imperante, lo que viene a crear incongruencia entre la práctica y la ley, que en última instancia compromete la función del profesional del derecho, puesto que en todos los casos se ve obligado a dejar en el departamento jurídico de la entidad bancaria su protocolo, en quienes se ha delegado ipso-facto el principio de intermediación notarial, en vista de que no se atiende personalmente al Notario para realizar su función.

Por ende nos preguntamos: ¿Será correcto? ¿Es conveniente que se continúe con éste mal procedimiento? Las respuestas lógicamente son negativas desde todo punto de vista; el Notario por ser lo que es, un profesional del derecho *debe* velar por el estricto y fiel cumplimiento de los requisitos esenciales de validez de los instrumentos públicos y no dejar pasar por alto lo que regula la ley. Es necesario considerar que en muchas ocasiones ya sea por el intenso trabajo se omiten tales requisitos, por la forma de operar y tramitar los contratos de acuerdo a los intereses de los bancos etc.

Lo anterior no debe ser excusa por parte del Notario como conocedor del derecho y obviarlos, por otra parte, se debe tener presente la seguridad jurídica que representa el instrumento público que se va a autorizar, mismo que supone la verdad jurídica cuyo fundamento radica en la necesidad social de estabilidad y armonía generado por la fe pública con la que cuenta el Notario. Consecuentemente se debe de exigir el estricto cumplimiento con tales requisitos, porque no solamente depende del Notario, recordemos que los otorgantes pueden incurrir en responsabilidad que podría afectar la economía

de sus representados y de terceras personas por la omisión del principio de intermediación notarial y por la poca conciencia de la importancia que tiene dicho principio.

CONCLUSIONES

1. El derecho notarial concebido como una rama del derecho privado, logra mantener al profesional del derecho inmerso en un proceso de transformación e innovación, siempre y cuando se tome en cuenta con ello los principios propios que configuran su existencia.
2. Los principios de cualquier rama del derecho pero con especial atención los del derecho notarial, mismos que son considerados como fundamentos, bases directrices, orígenes, etc., por el hecho de estar comprendidos dentro de nuestro ordenamiento jurídico específicamente en el Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República, constituyen normas jurídicas de carácter imperativo e inviolables por cualquiera de las partes que en él intervengan.
3. La proximidad a que hace alusión el principio de intermediación notarial entre las partes que intervienen en la función notarial al momento de la celebración del acto o contrato, señala que la comunicatividad se inicia con la manifestación del deseo de ambas y culmina con la autorización del instrumento público que contiene la relación jurídica, puesto que demanda un contacto entre el Notario y las partes, y un acercamiento de ambos hacia el instrumento.
4. Aún estando regulados los requisitos esenciales de los instrumentos públicos en nuestro ordenamiento jurídico y comprender que la escritura pública es aquel documento en el que a requerimiento de parte interesada se hace constar por Notario hábil y por personas con capacidad para ello una declaración de voluntad, el nacimiento, modificación, extinción de un negocio jurídico o una relación jurídica no se toman en cuenta, poniendo en riesgo las partes que intervienen y el Notario que autoriza a que el instrumento público ó el contrato podría ser atacado de nulidad.
5. Para los Notarios, y de manera muy particular de los bancos del país, creen suplir

el cumplimiento de requisitos esenciales de los instrumentos públicos con la existencia de las famosas minutas; pero en ningún momento puede afirmarse que con ello se cumple con la comparecencia, otorgamiento y autorización, que corresponde de manera directa a la voluntad de los otorgantes.

6. El Notario, a pesar de que debe tomar muy en cuenta las minutas presentadas por los otorgantes no puede aceptarlas en forma irrestricta, debido a que su función implica una labor de permanente vigilancia sobre la legalidad y moralidad de los negocios jurídicos que las partes deseen contratar.

7. Es notable que en las entidades bancarias del país se deja sentir la poca importancia que se le presta al fenómeno de la inobservancia del principio de intermediación notarial en las escrituras públicas otorgadas por éstas, evidenciándose con esto el trato impersonal entre las partes que intervienen en el instrumento y el Notario, todo como resultado de la masificación y progreso de las diferentes transacciones comerciales que día a día tienen que afrontar; no siendo esto una atenuante para violar los principios propios del derecho notarial.

RECOMENDACIONES

1. Que el Notario en el ejercicio de su profesión se conduzca de una forma correcta, moral, ética y legal no dejando margen a duda, error o falsedad en la autorización de cualquier instrumento público generando con ello una imagen profesional intachable en el cumplimiento de su función pública, puesto que hacer caso omiso a las disposiciones legales reguladas en nuestro ordenamiento jurídico le acarrearía graves sanciones e incluso inhabilitaciones para seguir ejerciendo su profesión.
2. Debido a que se encuentran regulados en nuestro ordenamiento jurídico los principios propios del derecho notarial y por ser de carácter imperativo su cumplimiento, el Notario debe de acatarlos a cabalidad logrando así no poner en riesgo a las partes que intervienen en el otorgamiento del acto o negocio jurídico en el instrumento público que autoriza, dotando con esto de plena certeza y seguridad jurídica al mismo, reflejo de la fe pública de que está investido.
3. La proximidad y el contacto físico entre las partes que intervienen en el otorgamiento de la escritura pública y el Notario debe manifestarse de una forma pura, evitando desde todo punto de vista la violación al principio de intermediación notarial al momento de su autorización, por lo que el profesional del derecho debe abstenerse de autorizar el instrumento público sin haber constatado que los documentos que se le presenten demuestren fehacientemente que el representante legal de la entidad bancaria existe físicamente y esta investido conforme a derecho para ejercer dicha representación.
4. Por la acumulación y demanda de trabajo que manifiestan las entidades bancarias al momento de que un persona individual comparece ante ésta a solicitar su intervención en una operación de crédito, el Notario en base a la minuta que se acompaña siempre y cuando lo dote de datos reales y actuales redacte el instrumento público correspondiente, además por ser el Notario depositario de su

protocolo debe de apersonarse ante la entidad bancaria con él y no dejarlo en poder del departamento jurídico de la misma para que sea firmado sin la debida intermediación que el caso amerita, alcanzando con esto que el instrumento público redactado para el efecto sea leído en presencia del representante legal de la entidad y ratifique, acepte y firme en presencia de la otra parte otorgante y la del Notario propia.

ANEXOS

ANEXO A

Minuta de préstamo con garantía hipotecaria

(Boleta en la cual se acredita la personalidad del representante legal)

EDGAR ESTUARDO RAMÍREZ SÁNCHEZ, de cuarenta y tres años de edad, casado, guatemalteco, Licenciado en Economía, con domicilio en el Departamento de Guatemala, se identifica con cédula de vecindad número de orden A guión Uno (A-1) y de registro número seiscientos cuarenta y cuatro mil seiscientos treinta y nueve, (644,639), extendida por el Alcalde Municipal de Guatemala, del Departamento de Guatemala, comparece en su calidad de **VICEPRESIDENTE DE LA JUNTA DIRECTIVA DE EL CRÉDITO HIPOTECARIO NACIONAL DE GUATEMALA**, institución que en el cuerpo de este instrumento se denominará **“EL CRÉDITO”**, y como Representante Legal del mismo, acredita su personería con el acta notarial de su nombramiento autorizada en esta ciudad por el Notario Mario René Rosales Leiva, con fecha ocho de octubre de dos mil tres, contenida en tres hojas de papel bond, las cuales llevan adheridas cada hoja un timbre fiscal de cincuenta centavos de quetzal y en la primera hoja un timbre fiscal de cien quetzales del año dos mil cinco, número ciento siete mil seiscientos diez, (107,610) para cubrir el impuesto del timbre; nombramiento inscrito en el Registro Mercantil General de la República con número de registro doscientos doce mil ochenta y cinco (212,085), folio quince (15), del libro ciento treinta y nueve (139), de Auxiliares de Comercio.



CRÉDITO HIPOTECARIO NACIONAL DE GUATEMALA
DEPARTAMENTO JURÍDICO



MINUTA DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA
PROGRAMA DE FINANCIAMIENTO PARA VIVIENDA -CASAPLAN- C.H.N.

CUOTA NIVELADA

Número _____. En la ciudad de Guatemala, el _____ de _____ dos mil dos,
Ante Mi: _____, Notario, comparecen por una parte el señor (copiar
personería adjunta).

y por la otra actuando en su propio nombre (o en representación de)
_____ el (los) señor
(es) _____
_____ de _____
años de edad, _____ (estado civil), _____
(nacionalidad), _____ (Profesión), _____ de este domicilio, quien se
identifica con la cédula de vecindad número de Orden ____ guión ____ y de Registro
_____, extendida por el Alcalde Municipal de
_____, Departamento de _____ que en este instrumento se
llamará (n) "La Parte Deudora", también comparece
(n) _____ de
_____ años de edad _____ (estado civil),
_____ (Nacionalidad), _____
(Profesión), _____ de este domicilio, quien se identifica con la cédula de vecindad



CRÉDITO HIPOTECARIO NACIONAL DE GUATEMALA
DEPARTAMENTO JURÍDICO



MINUTA DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA
PROGRAMA DE FINANCIAMIENTO PARA VIVIENDA -CASAPLAN- C.H.N.

CUOTA NIVELADA

número de Orden _____ guión _____ y de Registro _____
(_____), extendida por el Alcalde Municipal de _____
Departamento de _____ en su carácter de propietario (s) o
usufructuario (s); DOY FE: De que las personas antes nombradas se identificaron con los
documentos antes indicados, quienes me aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus
derechos civiles; de tener a la vista la documentación relacionada: que la (s) representación
(es) que se ejercita (n) es (son) suficiente (s) conforme a la ley y a mi juicio para el presente
acto; y de que los otorgantes manifiestan que celebran el CONTRATO DE PRÉSTAMO CON
GARANTÍA HIPOTECARIA, contenido en las cláusulas siguientes: PRIMERA: El
Representante de "El Crédito" dice que según resolución (es) que se transcribirá (n) en este
instrumento se acordó conceder a "La Parte Deudora" un préstamo bancario dentro del
PROGRAMA DE FINANCIAMIENTOS PARA VIVIENDA -CASAPLAN- por la cantidad de
_____ (Q. _____), el cual le hará
efectivo "El Crédito" cuando le entregue el testimonio de esta escritura, con razón del Registro
de la Propiedad, en que conste que la hipoteca constituida a su favor ocupa el primer lugar y se
hayan llenado los requisitos fiscales y administrativos exigidos por este Banco: SEGUNDA :
"La Parte Deudora" se declara lisa y llana deudora de "El Crédito" por la suma de
_____ (Q. _____) de acuerdo
con las siguientes estipulaciones: a) Este préstamo los destinará
para: _____
_____ b) El plazo de esta obligación
es de _____ (_____) contado a partir del primer día del mes
siguiente de la fecha de esta escritura y se compromete a pagar la cantidad prestada mediante
cuotas mensuales niveladas y consecutivas



CRÉDITO HIPOTECARIO NACIONAL DE GUATEMALA
DEPARTAMENTO JURÍDICO



MINUTA DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

PROGRAMA DE FINANCIAMIENTO PARA VIVIENDA –CASAPLAN- C.H.N.

CUOTA NIVELADA

de _____ (Q. _____) a partir de _____ y saldo al vencimiento del plazo, que comprenden el abono a capital y los intereses del _____ por ciento anual variable más el uno por ciento anual fijo de administración sobre el monto del crédito autorizado y el uno por ciento anual fijo correspondiente al seguro de vida de _____ y al seguro de daños del inmueble. "La Parte Deudora" y "El Crédito" convienen que la cuota nivelada podrá variar en los términos a que se refiere la cláusula DÉCIMA PRIMERA de este instrumento. En caso la cuota nivelada mensual no sea cancelada a más tardar el último día hábil del mes a que corresponda, "La Parte Deudora" tendrá un período de gracia por los primeros cinco días calendario del mes siguiente para que realice el pago sin ningún recargo; pasado dicho período se cobrará el dos por ciento sobre la parte correspondiente a capital y los intereses por cada mes o fracción en concepto de recargo por mora; c) "El Crédito" y "La Parte Deudora" pactan libremente una tasa de interés que será variable de conformidad con las condiciones del mercado del dinero que vayan prevaleciendo durante el plazo de este contrato. Esta tasa de interés se inicia con un _____ por ciento anual, la que ya se encuentra incluida dentro de la cuota mensual nivelada a la que se hizo referencia en el inciso b) anterior. Como dicha tasa de interés no es fija "El Crédito" y "La Parte Deudora" pactan expresamente que la misma podrá variar de acuerdo con las condiciones imperantes en el mercado del dinero durante el plazo de este contrato cuando así lo disponga la Junta directiva de "El Crédito" en cuyo caso el ajuste se hará en la cuota mensual nivelada respectiva. La modificación o variabilidad de la tasa de interés no constituye novación y surtirá efectos sin necesidad de que las partes suscriban ningún documento; d) El pago de la cuota mensual nivelada deberá hacerse en las cajas de "El Crédito" sin necesidad de cobro ni previo requerimiento, en quetzales; e) "La



CRÉDITO HIPOTECARIO NACIONAL DE GUATEMALA
DEPARTAMENTO JURÍDICO



MINUTA DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

PROGRAMA DE FINANCIAMIENTO PARA VIVIENDA –CASAPLAN- C.H.N.

CUOTA NIVELADA

Parte Deudora" faculta a "El Crédito" para ceder, gravar o negociar este crédito o sus saldos, sin necesidad de previo aviso ni posterior notificación; f) Acepta desde hoy como buenas y exactas las cuentas que con respecto a este negocio formule "El Crédito" y como líquido y exigible el saldo que se le reclame; g) Se obliga a pagar o faculta a "El Crédito" para que le cargue a su cuenta todos aquellos gastos que por cualquier causa se ocasionen con motivo del presente contrato, antes o después de su celebración y las escrituras aclaratorias, de modificación, adición o ampliación, así como el registro de las mismas y su cancelación o las primas de seguro y gastos que ocasione este negocio; h) "La Parte Deudora" acepta y se obliga a cumplir la condición de manejar su cuenta de depósitos monetarios en "El Crédito" con fondos suficientes y autoriza se debiten a la misma o a cualquier otra cuenta que posea, los pagos correspondientes a este préstamo por cualquier concepto; i) "La Parte Deudora" acepta que si en caso, en lo futuro la cartera para este programa de préstamos fuera sometida a un fideicomiso, sus obligaciones contraídas en este instrumento se extenderán al referido fideicomiso; j) "La Parte Deudora" acepta y se obliga a cumplir con la condición de manejar una cuenta de ahorro CREDIGANA, con un saldo no menor al 2% sobre el monto autorizado. El Departamento de Cobros deberá velar por el cumplimiento de esta condición, en caso el saldo de la cuenta disminuya la tasa de interés de la operación deberá variarse a una tasa de préstamo corriente; k) "La Parte Deudora" se obliga durante los primeros _____ meses a cancelar mensualmente los intereses correspondientes al desembolso de fondos que se efectúe, a la tasa fijada en cuota nivelada, más el uno por ciento (1%) anual fijo de administración y el uno por ciento (1%) anual fijo del seguro sobre el préstamo autorizado; l) "La Parte Deudora" se obliga previa o simultáneamente con la formalización de este préstamo a inscribir en el Registro de la Propiedad la dirección actual del inmueble propuesto en garantía; m) "La Parte Deudora" se compromete a mantener una buena reciprocidad con "El



CRÉDITO HIPOTECARIO NACIONAL DE GUATEMALA
DEPARTAMENTO JURÍDICO



MINUTA DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA
PROGRAMA DE FINANCIAMIENTO PARA VIVIENDA –CASAPLAN- C.H.N.

CUOTA NIVELADA

"Crédito" en caso contrario acepta que se incremente la tasa de interés en los porcentajes que corresponda; n) (condición especial) _____; ñ) "La Parte Deudora" y _____ (propietario) renuncia (n) al fuero de su domicilio, se somete (n) a los Tribunales del Departamento de Guatemala o a los que elija "El Crédito" y señala (n) como lugar para recibir notificaciones la (su residencia ubicada en) _____ ciudad de _____, obligándose a comunicar por escrito a "El Crédito" cualquier cambio que de ella hiciere (n) en el entendido de que a falta de tal aviso se tendrán por válidas y bien hechas las notificaciones, citaciones y emplazamientos que se le (s) hagan en el lugar indicado. **TERCERA:** En garantía del pago de intereses, capital, gastos y costas judiciales, el (los) señor (es) _____ (propietario) constituye (n) a favor de "El Crédito" **HIPOTECA EN PRIMER LUGAR** sobre el (los) inmueble (s) consistente en: (describir en bien como aparece en la resolución) _____ que aparece (n) inscrito (s) en el Registro de la Propiedad _____ bajo el (los) número (s) (si son varias fincas identificarlas una por una con sus registros correspondientes) _____, folio (s) _____ del libro (s) _____ de _____ (Guatemala), _____ y que acusa(n)



CRÉDITO HIPOTECARIO NACIONAL DE GUATEMALA
DEPARTAMENTO JURÍDICO



MINUTA DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA
PROGRAMA DE FINANCIAMIENTO PARA VIVIENDA –CASAPLAN- C.H.N.

CUOTA NIVELADA

un área de (si son varias fincas identificar cada área por separado junto con sus colindancias)
_____ (_____ mts.²) con las siguientes
colindancias: _____

_____. Por advertencia del Infrascrito
Notario declara (n) que sobre el (los) inmueble (s) dado (s) en garantía y sobre sus frutos no
pesan gravámenes, anotaciones ni limitaciones que puedan afectar a los derechos de "El
Crédito" ; que la referida inscripción de dominio es la única que corresponde a (los) inmueble
(s); que la hipoteca se extiende a los bienes y derechos que consigna el artículo ochocientos
treinta del Código Civil. Así como el agua que lo (s) surte consistente en
_____ paja de agua _____ de
_____ aparada en título número
_____ (_____) y registro número
_____ (_____). El inmueble goza del servicio de
_____ líneas telefónicas en arrendamiento amparadas con los números
_____. CUARTA: El (los) señor (es)

_____ (propietario) se obliga (n) a no
enajenar ni a imponer nuevos gravámenes sobre la (s) finca (s) hipotecada (s), ni darla (s) en
uso, usufructo, habitación o arrendamiento, sin autorización expresa de "El Crédito ". Acredita
(n) su derecho de propiedad sobre el (los) inmueble (s) relacionado (s) por medio de
certificación del Registro de la Propiedad de _____
expedida (s) el _____.

QUINTA: Las partes contratantes manifiestan que la prorroga del plazo de este préstamo



CRÉDITO HIPOTECARIO NACIONAL DE GUATEMALA
DEPARTAMENTO JURÍDICO



MINUTA DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

PROGRAMA DE FINANCIAMIENTO PARA VIVIENDA –CASAPLAN- C.H.N.

CUOTA NIVELADA

podrá hacerse constar por simple razón puesta al pié del testimonio de la presente escritura o en papel de ley por el funcionario autorizado para ello. Esta razón con firma autenticada por notario, será suficiente para su inscripción registral. Las garantías de la obligación contraída continuarán vigentes durante la misma. **SEXTA:** Manifiesta "La Parte Deudora" (o el propietario) _____ del Inmueble que expresamente acepta y autoriza a "El Crédito" para que esta entidad a su solo criterio, a través de su personal autorizado pueda presentarse en forma periódica al inmueble que garantiza la obligación para revisar el estado físico general del mismo; en todo caso si tales inspecciones o revisiones causaren gastos, los mismos serán cubiertos por su persona. Que otorga la presente autorización con el fin primordial de garantizar la buena conservación del inmueble y, que "El Crédito" pueda establecer que el saldo deudor pendiente de pago, esté plenamente cubierto por el inmueble que constituye la garantía. Así mismo, acepta que en caso el inmueble que garantiza la mencionada obligación pasara a propiedad de "El Crédito" y; él (ellos) o su familia o tercera persona vinculada con él (ellos), destruyere total o parcialmente dicho inmueble, "El Crédito" podrá proceder penalmente en su contra para deducirle las responsabilidades correspondientes. **SÉPTIMA:** "El Crédito" podrá dar por vencido anticipadamente el plazo de esta obligación y exigir ejecutivamente el pago; a) Si "La Parte Deudora" faltare al pago puntual de dos de las cuotas mensuales niveladas en la fecha y forma convenidas; b) Si "La Parte Deudora" o _____ (propietario) faltare (n) al cumplimiento de cualesquiera de las obligaciones que por este contrato asume (n) especialmente la contenida en la cláusula sexta de este instrumento, o si se incurriere en alguna de las causales que facultan a "El Crédito" a dar por vencido el plazo, reguladas en el artículo cincuenta y uno (51) del Decreto veinticinco guión setenta y nueve (25-79) del Congreso de la República (Ley



CRÉDITO HIPOTECARIO NACIONAL DE GUATEMALA
DEPARTAMENTO JURÍDICO



MINUTA DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

PROGRAMA DE FINANCIAMIENTO PARA VIVIENDA –CASAPLAN- C.H.N.

CUOTA NIVELADA

Orgánica de "El Crédito). **OCTAVA: SEGURO DE VIDA Y CONTRA RIESGOS:** El (la) señor (a) _____ autoriza a "El Crédito" para que por su cuenta contrate con el Departamento de Seguros y Previsión del mismo un seguro de vida por el monto del préstamo y un seguro de incendio, terremoto y líneas aliadas por el valor de la construcción existente o por realizar, el que se mantendrá vigente durante el plazo de la obligación. En caso de falta de pago de una de las cuotas niveladas (dentro de las que se incluye el pago del seguro), no podrá reclamarse el pago de ninguna indemnización si ocurriera el riesgo asegurado. En la póliza se excluirá expresamente la cláusula del coaseguro y se especificará que el único beneficiario es "El Crédito". En caso de muerte del deudor o de siniestro, la indemnización que pague la Aseguradora podrá "El Crédito" aplicarla así: a) Para reparar o reconstruir la vivienda; b) solventar total o parcialmente las obligaciones de la parte deudora, en cuyo caso cualquier excedente se entregará a al parte deudora, a sus herederos legalmente declarados o al propietario del inmueble que garantiza la obligación (según el caso). **NOVENA: RECARGO POR MORA:** Pactan los otorgantes que en caso de que la cuota mensual nivelada referida en la cláusula segunda de este instrumento, no sea cancelada a más tardar el último día hábil del mes en que corresponda, a la parte deudora se le cobrará el dos por ciento sobre la cuota de capital, los intereses y el porcentaje de administración y seguro de vida y daños por cada mes o fracción en concepto de recargo por mora. **DÉCIMA: FORMA DE ENTREGA:** "La Parte Deudora " acepta y autoriza a "El Crédito" para que los fondos de este préstamo se le entreguen de conformidad con la disponibilidad de recursos financieros que tenga "El Crédito". **DÉCIMA PRIMERA: VARIABILIDAD DE LAS CUOTAS:** Las cuotas mensuales niveladas convenidas son alterables si se aumentaren o disminuyeren las tasas de interés o la garantía de pago del crédito, el valor de la prima del seguro de vida y del seguro contra terremoto e incendio sobre el



CRÉDITO HIPOTECARIO NACIONAL DE GUATEMALA
DEPARTAMENTO JURÍDICO



MINUTA DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

PROGRAMA DE FINANCIAMIENTO PARA VIVIENDA –CASAPLAN- C.H.N.

CUOTA NIVELADA

bien hipotecado, en cuyo caso la parte deudora se obliga a pagar el respectivo incremento, sin que ello constituya novación de crédito. **DÉCIMA SEGUNDA: PAGO ANTICIPADO: AMORTIZACIONES EXTRAORDINARIAS:** La parte deudora podrá pagar su obligación antes del vencimiento del plazo depositando en la entidad acreedora el valor pendiente del crédito concedido o la cantidad mínima de TRES MIL QUETZALES (Q.3,000.00), más los intereses correspondientes hasta el siguiente vencimiento mensual con le propósito de acortar el plazo o de reducir la cuota mensual nivelada. **DÉCIMA TERCERA: DESTINO DEL INMUEBLE:** si cualquiera de las declaraciones que haya hecho "La Parte Deudora " principalmente en lo que respecta a la ocupación del inmueble por ellos mismos o su familia, se demuestra que es falsa o que no se cumple, se podrá dar por vencido anticipadamente el plazo y cobrar ejecutivamente el saldo. Igualmente la parte deudora se compromete a destinar el inmueble exclusivamente para vivienda familiar. **DÉCIMA CUARTA: ACEPTACIÓN:** El Representante Legal de "El Crédito" acepta expresamente la constitución del gravamen hipotecario en los términos aquí consignados. Los otorgantes manifiestan su conformidad con las cláusulas de este contrato y solicitan al Señor Registrador de la Propiedad, haga constar en el testimonio la constitución del gravamen en primer lugar: Yo el Notario, doy fe: de todo lo expuesto, de haber tenido a la vista el (los) título (s) que acredita (n) la propiedad del (los) bien (es) hipotecado (s); la certificación (es) extendida (s) por la Secretaría del "El Crédito" que literalmente dice (n): (transcribirla (s)..... de haber instruido a los otorgantes lo concerniente a la presentación del testimonio de esta escritura al Registro de la Propiedad; finalmente doy lectura a todo lo escrito e impuestos de su contenido, validez y obligaciones que contraen lo aceptan, ratifican y firman.

ANEXO B

Minuta de cancelación de crédito hipotecario

(Boleta en la cual se acredita la personalidad del representante legal)

EDGAR ESTUARDO RAMÍREZ SÁNCHEZ, de cuarenta y tres años de edad, casado, guatemalteco, Licenciado en Economía, con domicilio en el Departamento de Guatemala, se identifica con cédula de vecindad número de orden A guión Uno (A-1) y de registro número seiscientos cuarenta y cuatro mil seiscientos treinta y nueve, (644,639), extendida por el Alcalde Municipal de Guatemala, del Departamento de Guatemala, comparece en su calidad de **VICEPRESIDENTE DE LA JUNTA DIRECTIVA DE EL CRÉDITO HIPOTECARIO NACIONAL DE GUATEMALA**, institución que en el cuerpo de este instrumento se denominará **“EL CRÉDITO”**, y como Representante Legal del mismo, acredita su personería con el acta notarial de su nombramiento autorizada en esta ciudad por el Notario Mario René Rosales Leiva, con fecha ocho de octubre de dos mil tres, contenida en tres hojas de papel bond, las cuales llevan adheridas cada hoja un timbre fiscal de cincuenta centavos de quetzal y en la primera hoja un timbre fiscal de cien quetzales del año dos mil cinco, número ciento siete mil seiscientos diez, (107,610) para cubrir el impuesto del timbre; nombramiento inscrito en el Registro Mercantil General de la República con número de registro doscientos doce mil ochenta y cinco (212,085), folio quince (15), del libro ciento treinta y nueve (139), de Auxiliares de Comercio.



CRÉDITO HIPOTECARIO NACIONAL DE GUATEMALA

DEPARTAMENTO JURÍDICO



NÚMERO: () En la ciudad de Guatemala, el _____,

Ante mí _____,

comparece _____

(nombre) (edad) (estado civil)

(nacionalidad) (profesión)

_____, en su carácter

de _____

Como Notario hago constar: Que tuve a la vista la documentación aludida; que la representación que se ejercita es suficiente de conformidad con la ley y a mi juicio para el presente acto; de que el compareciente me asegura hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles, y que otorga **LA CARTA DE PAGO**, contenida en las cláusulas siguientes: -----

PRIMERA: Manifiesta _____ que por medio de la escritura pública número _____, autorizada el _____

Por el Notario _____, se formalizó el préstamo otorgado por "**EL CRÉDITO**" a (los) _____

por la suma y condiciones que en dicho instrumento constan, con garantía _____, de la _____

identificada en el registro de la propiedad de _____
con el número _____, folio _____, del
libro _____, de _____

SEGUNDA: Que de conformidad con el recibo de fecha que se identifica así:

y la constancia de cancelación de fecha _____,
se acredita que el préstamo identificado en la cláusula anterior ya fue cancelado en su
capital como en sus interese por lo que debe otorgarse la carta de pago
correspondiente.-----

TERCERA: en virtud de lo anteriormente manifestado _____

Con la calidad con que actúa OTORGA al señor (a)
(es) _____

LA MÁS AMPLIA Y TOTAL CARTA DE PAGO por la operación identificada en la
cláusula primera de este instrumento y pide al registrador de la
propiedad _____, se sirva cancelar la
(s) _____ inscripción (es) _____ Que pesa (n)
sobre la (s) _____ identificadas.-----

Asimismo manifiesta que la acreeduría que por este medio se cancela se encuentra
libre de gravámenes, anotaciones y limitaciones.-----

CUARTA: Como Notario DOY FE: a) del contenido íntegro de este instrumento; b) de
haber tenido a la vista los documentos que se mencionan; c) de que por designación
del otorgante le doy íntegra lectura a la presente escritura y bien enterado de su
contenido, objeto y efectos legales y lo relacionado con el Registro de su testimonio, lo
acepta, ratifica y firma al igual que el Infrascrito Notario.

INFORMACIÓN:

- Presentar en Protocolo
- En el Departamento Jurídico, Oficina 508
- Horario de 8:30 a 11:00 a. m.

ADJUNTAR:

- Último recibo de pago
- Constancia de Cancelación
- Testimonio original del Mutuo de Hipoteca

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Pedro. **Estudios de derecho notarial**. 3a. ed.; Barcelona, España: Ed. Nauta, S.A., 1962.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 8t. 4a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 2000.
- CARRAL Y TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. 3a. ed.; México: Ed. Porrúa. S. A., 1976.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. **Función notarial y elaboración notarial del derecho**. Madrid: Ed. Reus. 1946.
- GATTARI, Carlos Nicolás. **Manual de derecho notarial**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma. 1997.
- GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. **Derecho notarial**. Pamplona, España: Ed. Universidad de Navarra. 1976.
- GONZÁLEZ, Carlos Emérito. **Derecho notarial**. Buenos Aires, Argentina: Ed. La Ley, S. A., 1971.
- LARRAUD, Rufino. **Curso de derecho notarial**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma. 1966.
- MORA VARGAS, Herman. **Manual de derecho notarial**. 1a. ed.; San José Costa Rica: Ed. Investigaciones Jurídicas, S.A., 1999.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial**. 9a. ed.; Guatemala: Ed. Talleres C & J. 2004.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. 8a. ed.; Guatemala: Ed. Talleres de C & J. 2001.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **La forma notarial en el negocio jurídico**. 3a. ed.; Guatemala: Ed. Talleres C & J.
- MUSTAPICH, José María. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. 3t. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar. 1955.
- NERI, Argentino I. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. 2a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma. 1980.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael. **Estudios de derecho notarial**. 2t.; España: Ed. Artes Gráficas Soler, S.A., 1986.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1981.

PELOSI, Carlos A. **El documento notarial**. 1a. ed.; Buenos Aires Argentina: Ed. Astrea. 1987.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Derecho notarial**. 1a. ed.; México: Ed. Porrúa, S. A., 1981.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Historia de la escribanía en la nueva España y del notariado en México**. 2a. ed.; México: Ed. Porrúa, S. A., 1988.

SALAS MARRERO, Oscar A. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**. Costa Rica: Ed. Costa Rica. 1973.

Legislación:

Constitución Política de la República. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

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

Código de Comercio de Guatemala. Congreso de la República, Decreto 2-70, 1971.

Código de Notariado. Congreso de la República, Decreto 314, 1947.

Código Penal. Congreso de la República, Decreto 17-73, 1974.