

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA VIOLACION AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN NOTARIAL
EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y CRÉDITOS
PRENDARIOS AUTORIZADOS EN INSTITUCIONES FINANCIERAS Y BANCARIAS
TESIS DE GRADO

JAIRO YOSHUA ROBLES PALACIOS
CARNET 16008-10

QUETZALTENANGO, ENERO DE 2018
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA VIOLACION AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN NOTARIAL
EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y CRÉDITOS
PRENDARIOS AUTORIZADOS EN INSTITUCIONES FINANCIERAS Y BANCARIAS
TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
JAIRO YOSHUA ROBLES PALACIOS

PREVIO A CONFERÍRSELE
LOS TÍTULOS DE ABOGADO Y NOTARIO Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, ENERO DE 2018
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

MGTR. ERIKA GABRIELA DEL ROSARIO GÁLVEZ ANLEU DE RAMOS

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

MGTR. JESÚS INOCENTE ALVARADO MEJÍA

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS:	P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.
SUBDIRECTORA ACADÉMICA:	MGTR. NIVIA DEL ROSARIO CALDERÓN
SUBDIRECTORA DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA:	MGTR. MAGALY MARIA SAENZ GUTIERREZ
SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO:	MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN GENERAL:	MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ

EGGA

Licda. Erika Gabriela Gálvez Anléu

Abogada y Notaria

Especialista en Derecho Tributario y Mercantil

Quetzaltenango, 27 de octubre de 2016.

Consejo de Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Guatemala

Con un cordial saludo, y en atención al nombramiento en que se me designara como Asesor de Tesis II del estudiante: **JAIRO YOSHUA ROBLES PALACIOS**, del trabajo de tesis titulado: **"CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN NOTARIAL EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y CRÉDITOS PRENDARIOS AUTORIZADOS EN INSTITUCIONES FINANCIERAS Y BANCARIAS"** conforme al trabajo de investigación realizado por el estudiante, considero oportuno luego de haber constatado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el instructivo de tesis de esta casa de estudios, emitir dictamen **FAVORABLE** sobre la presente investigación, toda vez que, se llegaron a desarrollar puntualmente los aspectos tanto doctrinarios como legales de los elementos de estudio, tales como: La función notarial, la aplicación de los principios que rigen la función del notario, analizando además la nulidad o anulabilidad del instrumento público como consecuencia de la violación al principio de intermediación notarial, y la particular posición en que se coloca al notario que autoriza instrumentos públicos de créditos hipotecarios y créditos prendarios para instituciones financieras y bancarias.

En suma, el trabajo desarrollado constituye un valioso aporte doctrinario y analítico de la problemática abordada, el cual puede ser una valiosa herramienta como elemento de estudio para estudiantes y profesionales del derecho.

Se deja constancia que se revisó de conformidad con el instructivo el fondo y la forma del presente trabajo de investigación.

Sin otro particular, deferentemente.

Licda. Erika Gabriela Gálvez Anléu
Abogada y Notaria

Mgr. Erika Gabriela del Rosario Gálvez Anléu
Abogada y Notario
Número docente 23375
Colegiado No. 8931

OFICINA:
4A. CALLE 15A-76 ZONA I,
QUETZALTENANGO, GUATEMALA, C.A.

TEL: 7763-2230
CEL: 5692-2363
gganleu@gmail.com



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 071443-2017

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante JAIRO YOSHUA ROBLES PALACIOS, Carnet 16008-10 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 07124-2017 de fecha 31 de enero de 2017, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA VIOLACION AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN
NOTARIAL EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y
CRÉDITOS PRENDARIOS AUTORIZADOS EN INSTITUCIONES FINANCIERAS Y
BANCARIAS

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADO Y NOTARIO y el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 24 días del mes de enero del año 2018.



LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar

Agradecimientos

- A Dios:** El ser supremo a quien debo todo cuanto soy.
- A mi Madre:** Gladys Carlota Palacios Ramírez, quien me enseñó el camino de Dios y que con su ejemplo de vida, me inspira en cada momento, un beso hasta el cielo Madre Amada.
- A mi Padre:** Acxel Luciano Robles Alonzo por ser un ejemplo de vida y estar en esta etapa en mi vida.
- A mis Hermanos:** Porque con ellos aprendí el verdadero sentido de la familia y convivir con ellos siempre ha sido lo mejor y son un ejemplo a seguir.
- A mi Novia:** Thanzú María Juliana Maldonado Betancort por su apoyo, comprensión, su amor demostrado en toda esta etapa de mi vida. Te Amo.
- A mis Abuelitos:** Carlos Palacios, Abuelita Shinita, Mami Amanda.
- A mis Catedráticos:** Por enseñarme en cada ciclo Universitario y por compartir conmigo sus conocimientos.
- A la Universidad:** Universidad Rafael Landívar, mi casa de estudio, pero en especial al campus de Quetzaltenango, porque pude coincidir con personas muy humanas y serviciales de quienes siempre recordaré lo mejor, y toda la Universidad por ser el Magis.

Dedicatoria

A nuestro Dios Padre, dador de la vida, quien en todo este proceso tuvo cuidado de mí. A mi madre hermosa que desde el cielo me cuida.

Índice

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	4
EL NOTARIO.....	4
1. Concepto de notario.....	4
2. Breve reseña histórica del notario.....	5
3. Requisitos para ser notario.....	8
4. Función del notario.....	9
4.1. Función Pública.....	12
5. Derechos del notario.....	14
6. Derecho notarial.....	16
6.1. Concepto de derecho notarial.....	16
6.2. Naturaleza del derecho notarial.....	19
6.3. Fuentes del derecho notarial.....	20
6.4. Principios del derecho notarial.....	21
CAPÍTULO II.....	26
LA CONTRATACIÓN NOTARIAL.....	26
2.1. Contrato.....	26
2.2. Naturaleza jurídica del contrato.....	30
2.3. Elementos esenciales del contrato.....	30
2.3.1. Capacidad.....	31
2.3.2. Consentimiento.....	32
2.3.3. Objeto lícito.....	34
2.3.4. Causa.....	35
2.4. Nulidad y anulabilidad de los contratos.....	36
2.4.1. Nulidad Absoluta.....	37
2.4.1. Nulidad Relativa.....	39
2.5. Contratos de garantía.....	42
2.6. Definición.....	42

2.7.	Clases de garantía.....	43
2.7.1.	Contrato de fianza.....	44
2.8.	La hipoteca.....	45
2.8.1.	Concepto.....	46
2.8.2.	Naturaleza jurídica.....	48
2.8.3.	Elementos.....	49
2.8.4.	Características.....	51
2.8.5.	Extinción.....	54
2.9.	La prenda.....	55
2.9.1.	Concepto.....	56
2.9.2.	Naturaleza jurídica.....	57
2.9.3.	Elementos.....	58
2.9.4.	Características.....	60
2.9.5.	Extinción.....	61
2.10.	Diferencia entre hipoteca y prenda.....	62
CAPÍTULO III.....		64
INSTITUCIONES BANCARIAS Y FINANCIERAS.....		64
3.1.	Definición.....	67
3.1.1.	Institución financiera.....	67
3.1.2.	Banco.....	70
3.2.	Instituciones de control.....	72
3.3.	Regulación legal en Guatemala.....	75
3.4.	Diferencias entre institución financiera y bancaria.....	80
3.5.	Requisitos de créditos prendarios e hipotecarios autorizados en instituciones bancarias.....	83
CAPÍTULO IV.....		85
PRESENTACIÓN, DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS.....		85
CONCLUSIONES.....		112
RECOMENDACIONES.....		114

REFERENCIAS.....	116
ANEXOS.....	119

Resumen

La función notarial juega un papel muy importante dentro de la sociedad, pues es el Notario el encargado de conferirle fe pública, a los actos, contratos y negocios jurídicos que han sido autorizados por él, en este sentido, es necesario que todas las actuaciones y diligencias previas y posteriores, se realicen en presencia del Notario y que exista contacto directo entre los otorgantes y el instrumento público a autorizar, de manera que pueda escuchar la voluntad de las partes, interpretarla y darle forma legal a la misma.

La injerencia que han tenido las instituciones financieras y bancarias en Guatemala, ha determinado el incumplimiento del principio de intermediación notarial, en contratos de créditos hipotecarios y prendarios, en virtud de poder en algunos casos tener contacto directo con el deudor, pero no con el Representante Legal y en ocasiones con ninguno.

Las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de la falta de cumplimiento de este principio, puede dar la pauta a determinar los riesgos a los cuales está expuesta la función notarial, de poder impugnar el instrumento público autorizado, por el motivo de existir vicios que puedan afectar su esencia, sin embargo, es necesario crear conciencia y lograr reducir a través de los medios necesarios esta problemática, ya que se pretende lograr una protección al actuar notarial, a las partes contratantes y al documento en sí, al grado de conferirle la seguridad y certeza jurídica que la ley le impone ante la sociedad.

INTRODUCCION

La función notarial dentro del sistema guatemalteco, ha cobrado una relevancia importante en el desenvolvimiento de cada profesional del Derecho, es por ello, que dicha función se debe realizar siguiendo los procedimientos establecidos en las leyes, cumpliendo con cada requisito esencial en el desarrollo del mismo, para poder conferirles la seguridad y certeza jurídica a todas las actuaciones, en este sentido, la mala práctica de algunos Notarios y el acomodamiento de ellos, además de ello los malos procedimientos que instituciones financieras y bancarias han incluido en su normativa interna, ha tenido como consecuencia, obviar algunos requisitos fundamentales para la autorización de los contratos, dentro de ellos el principio de intermediación notarial, el cual es considerado uno de los pilares fundamentales en el otorgamiento de instrumentos públicos, pues su función responde al contacto directo que tiene el Notario con las partes contratantes y con el instrumento en sí.

Este es el diario vivir de los profesionales del Derecho que laboran directamente para una institución de esta naturaleza, o aquellos que no laboran directamente, pero han sido requeridos para poder otorgar instrumentos de esta naturaleza, ello es porque, las entidades bancarias pudieren ser flexibles, en el sentido de otorgarles libertad a sus clientes para poder elegir quien autorice su contrato, aunque aquí hay que resaltar, que los bancos tienen sus minutas ya elaboradas, es decir, el notario que desee autorizar un contrato hipotecario o prendario, deberá seguir las directrices que le son otorgadas, de manera que no puedan existir libertad de redacción, pues si se confronta una escritura que provenga de uno Notario, fuera de la institución, que contenga cláusulas distintas a las establecidas, esta escritura no puede ser aceptada por los departamentos jurídicos de las mismas, al tener la atribución de ser quienes se encarguen de dicho trabajo. Además de ello los representantes de estas de los bancos no son abiertos al público, puesto que un Notario no puede llegar con él y poder recabar la firma en el contrato en el cual comparece, sin embargo, existen instituciones que han tratado de minimizar esta situación, al poder nombrar representantes en los departamentos, esto ayuda en el sentido de proporcionar

reducción de tiempo para que el Notario pueda cumplir con sus obligaciones posteriores, ya que el cumplimiento del principio de intermediación notarial no se da.

Es preciso determinar que también existe la competencia bancaria, por el simple hecho de convertirse en la opción que mas favorece a los clientes, poder agilizar los trámites y lograr con ello un desembolso en el menor tiempo posible, debido a que el cliente lo que busca es la liquidez en el caso de los créditos hipotecarios, obtener capital de trabajo que pueda servir de manera inmediata, y en el caso de los créditos prendarios la obtención en el menor tiempo posible de una prenda que regularmente son vehículos, esta problemática afecta de manera notable la función que desempeña el Notario en el ejercicio de su función, pues muchos procedimientos son preestablecidos para que él se adhiera a los mismos, esto ha desencadenado la violación al principio de intermediación notarial, porque se determina la falta de presencia del notario en la autorización del contrato en particular, además de no poder recibir la voluntad de las partes para poder establecer las clausulas que sean convenientes para ambas partes, sino tener que escriturar de acuerdo a los formas preestablecidos en las instituciones bancarias, también, existe violación al principio de unidad de acto, porque todas las etapas no son realizadas en el mismo momento, firmando primero el cliente, luego el Representante Legal, y por último el Notario, en su sede notarial, o en el departamento jurídico que corresponde a dichas entidades.

La modalidad que se opto para realizar la presente investigación fue monografía, pues se pretende establecer el contenido doctrinario sobre temas y conceptos que ayuden a determinar el Derecho Notarial, como base fundamental, de la misma manera poder establecer la conceptualización del Notario, cual es su función y la aplicación de la misma en las diferentes áreas en las que se desenvuelve, todo ello enfocado a la actividad del profesional en estas rama del derecho, y con ello se determina que la investigación contiene un marco descriptivo por el aporte doctrinario y la comparación con la legislación que lo regula, como su alcance espacial, tomando en consideración la actividad que desempeñan las instituciones bancarias en Guatemala, pues el enfoque que se le dio a la presente tesis, es a cerca de la

regulación de la actividad bancaria nacional y el cumplimiento de los procesos notariales que perfeccionen la función notarial.

La realización del marco teórico contiene definiciones de varios autores del Derecho notarial, que han analizado la función desde el contexto nacional, hasta el estudio del Derecho comparado, siempre que tenga relación y exista concatenación de las legislaciones de otros países, pues es necesario comprara la función notarial en otros países con Guatemala, de manera que pudo analizarse cada una de las definiciones propuestas, con la finalidad de poder interpretar lo que el autor quiso dar a entender.

Para la elaboración del trabajo de campo, fue realizado a través del sistema de entrevistas, porque se requirió del conocimiento de Notarios que laboran directamente para instituciones bancarias, notarios que han elaborado contratos de su propios clientes, pero que tengan esta relación, de igual manera autoridades que puedan aportar su conocimiento y su concepción como un miembro del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, además de la Jefa del Archivo General de Protocolos, pues ellos pueden plasmar conocimientos que puedan ayudar al lector a comprender de una manera más fácil el contenido del mismo, poder concluir y establecer la afirmación o negativa de la pregunta de investigación siendo: ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que conlleva la violación del principio de inmediación notarial, en los instrumentos públicos de créditos hipotecarios y prendarios autorizados en instituciones financieras y bancarias.

CAPITULO I

EL NOTARIO

1. Concepto de notario

En la actualidad el notario es considerado un profesional del derecho, funcionario al cual el Estado, debido a la necesidad y la falta de presencia del mismo, ha investido de fe pública para autorizar aquellos actos o contratos, que están dotados de legalidad, en los que intervienen personas individuales, jurídicas y hasta el propio Estado, para garantizar la seguridad jurídica de las partes contratantes, y el propio contrato, logrando que la función realizada lleve implícita un peso legal ante cualquier situación que pudiese surgir.

El artículo 1 del Decreto 314 del Congreso de la República, define al notario de la siguiente manera: “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.” De manera que es considerado como el funcionario público que representa al Estado.

En los últimos años la figura del notario ha sido aclarada por la doctrina notarial, ya que se discutía anteriormente si era o no un funcionario público. Actualmente existen diferentes definiciones de notario, que establecen la esencia de su función: en el Primer Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, que se llevó a cabo en Buenos Aires, Argentina en el año de 1948, se estableció la siguiente definición: “El notario latino es el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido”¹

La interpretación que realiza el notario de la voluntad de las partes, es fundamental para establecer y plasmar el contrato que más se adecue a las necesidades del

¹ Gracias González José Antonio. “Derecho Notarial Guatemalteco”, segunda edición, Guatemala, editorial estudiantil Fénix, 2011. Pág. 61.

requirente, sin sobre pasar los requisitos que establece la ley para cada uno de ellos. El notario lleva a cabo la función pública a través de la autorización de los contratos, en virtud de que el Estado le ha dotado de fe pública para autorizarlos.

Se debe agregar la función de dar trámite y resolver aquellos asuntos no contenciosos, como lo establece Cabanellas en su diccionario: “Jurisdicción voluntaria Aquella en que no existe controversia entre las partes; la que no requiere la dualidad de las mismas.”²

Notario, es aquel funcionario público, que está autorizado por el Estado para dar fe, de conformidad con lo que establecen las leyes, de aquellos actos o contratos en particular y demás actos extrajudiciales.

2. Breve reseña histórica del notario

Al inicio de los tiempos el Notario era considerado como una figura jurídica, que lo hacía carecer de fe pública, la cual a raíz de la evolución de las necesidades la adquiere a través del tiempo. En la época antigua se consideraban notarios a aquellas personas que sabían leer y escribir que auxiliaban a los supremos y a los funcionarios del reino para poder redactar algún texto.

El nombre que se les daba en la antigüedad era de escribas, y existen antecedentes que pueden enmarcarse como en las colonias egipcias y hebreas. “Los primeros antecedentes históricos del Notario podemos encontrarlos en los escribas egipcios, quienes, con base en pruebas históricas, en el año 2600 a 2400 a. C. ya fungían.”³ Quienes tenían la función de elaborar aquellos documentos que el Estado les requería, con la diferencia que dichos documentos no tenían el grado de autenticidad para alcanzar certeza jurídica, pero con el sello de un sacerdote o un magistrado podían alcanzar el nivel de certeza que era solicitado por el Estado.

² Jurisdicción voluntaria. Diccionario Jurídico Elemental, editorial Heliasta S.R.L 1993, Pág. 177.

³ Gracias González José Antonio. Op. cit. Pág. 5

En la época de los hebreos también surgen los escribas, quienes eran considerados como los intérpretes de la ley de los judíos, al igual que en la cultura egipcia eran los encargados de redactar documentos y textos requeridos por el Estado y actos correspondientes al Rey. Sanahuja describe diferentes clases de escribas: “1) Los que hacían constar las decisiones estatales, así como de los actos correspondientes al Rey; 2) Los que pertenecían a la clase de ellos sacerdotes, y daban testimonio en lo referente a los libros bíblicos, los cuales debían conservar, reproducir y también interpretar; 3) Escribas del Estado, que tenían como responsabilidad desempeñarse en función de secretariales en el Consejo Estatal y colaborar en funciones de los tribunales de justicia; 4) Escribas del pueblo, los más próximos a la figura de los actuales notarios, debían redactar con las formalidades correspondientes los contratos privados.”⁴

Los escribas fueron los notarios en las civilizaciones antiguas, no solo en los pueblos egipcios y hebreos, pero fueron ellos quienes dieron los primeros rasgos para la evolución del notario hasta alcanzar a América Latina. Los escribas tenían la facultad de poder redactar aquellos documentos que posteriormente tendrían el peso legal para ser legales.

En Guatemala los primeros vestigios de documentos escritos, los encontramos en el Popol Vuh. En la época colonial en la ciudad de Santiago de Guatemala y en la reunión del primer cabildo que se llevó a cabo el 27 de junio de 1524, se redactó la primer acta por el escribano Alonso de Reguera. Salas, establece que: “El notario guatemalteco es el más antiguo de Centroamérica, ya que en 1543 aparece el escribano don Juan de León, cartulado en la ciudad de Santiago de Guatemala, como entonces se llamaba.”⁵

⁴ Sanahuja y Soler José María. “Tratado de Derecho Notarial” tomo I, España, Editorial Ilustrada 1945. Pág. 118

⁵ Salas Oscar A. “Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá”, Costa Rica, Editorial Costa Rica 1973. Pág. 35

Esto conlleva que es importante mencionar que Guatemala se encuentra en los antecedentes del surgimiento de la figura del Notario, con lo anteriormente citado, además de que cuenta con regulación bastante amplia para que pueda llevar a cabo su función. En diferentes ámbitos de la vida encontramos la función del notario en Guatemala, desde la autorización de las escrituras que debían de redactarse en la época colonial, para que las mujeres pudieran contraer matrimonio.

A raíz de la independencia de Centroamérica, surgen nuevas disposiciones que van a alimentar el Derecho Notarial, desde la orden de vigilar la actuación notarial, a través de la revisión de protocolos, que surge de las disposiciones de la Corte Suprema de Justicia, que tenían como finalidad visitar aquellos departamentos en los cuales tenían su sede los escribanos, quienes debían de remitir su índice de protocolo de los instrumentos que habían autorizado el año anterior. También en el año de 1851 surge la colegiación para los abogados y escribanos, quedando a cargo de la Corte Suprema de Justicia. En el gobierno de Justo Rufino Barrios se emite la ley específica de notarios, en la cual sobresalía: el uso del sello con el nombre y apellidos del notario, remitir testimonios al archivo general de protocolos y regula la protocolización de documentos.

Para Giménez el concepto de notario puede formularse así: “El Notario es un profesional del Derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de 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 solo por razones históricas están sustraídos.”⁶

Por ello, se establece que, la función pública que realiza el notario, a través de la autorización de los contratos, tiene una presunción de poder ser declarados verdaderos, basado en las leyes y normas que establecen el contenido del instrumento público notarial, el notario es considerado como un colaborador del

⁶ Gimenez Arnau, Enrique, “Derecho notarial español”. España. Ediciones Rialp, S.A. 1964. Pág. 50

negocio jurídico privado, pues es el profesional al que el Estado le ha encomendado dicha función, para poder actuar en nombre de éste.

Para finalizar, el surgimiento del Decreto 314 del Congreso de la República, Código de Notariado, del 10 de diciembre de 1946, el cual contiene toda la normativa que le da la pauta al notario a poder ejercer su función con apego a las leyes y con los requisitos que deben de cumplirse para el ejercicio de su función.

3. Requisitos para ser notario

En Guatemala los requisitos legales para poder ejercer el notariado, los encontramos en el Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Notariado, específicamente en el artículo 2 que establece:

- a) “Ser guatemalteco natural, mayor de edad, del estado seglar, y domiciliado en la República, salvo lo dispuesto en el inciso 2o. del Artículo 6.
- b) Haber obtenido el título facultativo en la República o la incorporación con arreglo a la ley.
- c) 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.
- d) Ser de notoria honradez.”

La función que ejerce el notario, es realizada dentro del territorio guatemalteco, salvo lo dispuesto en el las leyes especiales sobre documentos que provienen del extranjero o documentos que puede autorizar fuera de la República, apegando su actuar a las normativas que le exigen ciertos requisitos.

En la antigüedad se establecía que los escribanos únicamente debían saber leer y escribir para poder realizar su función, interpretar normas y redactar textos para el Rey y el Estado, a raíz de la evolución que tuvo el Derecho Notarial, a nivel mundial, el estudio del derecho es fundamental para alcanzar la formación en la nueva era que se encuentra en constante cambio, el derecho evoluciona y es necesario que los

notarios, para ejercer con excelencia su función estén al tanto y alineados a la tecnología.

El registro de los notarios en la Corte Suprema de Justicia, es uno de los avances que ha sido de mucha importancia, pues con ello puede determinarse el actuar de cada colegiado y establecer el cumplimiento de todas las obligaciones notariales que la ley le exige.

Actualmente la profesión del Abogado y Notario ha sido tergiversada, debido a los actos en los cuales el notario ha sido involucrado, por el poder que el Estado le impone a través de la fe pública, para la autorización de actos y contratos. Dicha función ha sido utilizada de mala fe, realizando negocios jurídicos que violentan los principios del Derecho Notarial.

4. Función del notario

La función exclusiva del notario, hace referencia al funcionario autorizante y redactor del instrumento público, pero no se debe olvidar que en su actividad, él es el profesional del derecho, quien va a guiar la voluntad de las partes. Quien tiene en su poder la facultad de darle forma legal y redactar instrumentos públicos de conformidad con las leyes.

“El notario es profesional del derecho: ¿Por qué? Debido a que requiere de una preparación universitaria que culmina con el título profesional de notario. El hecho de tener el título profesional lo hace eso: profesional, perito, experto en derecho, conocedor a profundidad del derecho interno y del derecho internacional.”⁷

En este sentido la formación que se adquiere en el estudio del derecho, es la base para que pueda interpretar la función que el notario debe realizar en todos los aspectos de su actuar, desde el instrumento público más complejo hasta el más

⁷ Muñoz Nery Roberto. “Introducción al estudio del derecho notarial”, Guatemala, editorial Fénix, 2014. Pág. 72

sencillo, por ello es necesario que el estudio sea interpretativo, mas no ser de memorizar las leyes y documentos.

La función notarial nace de la necesidad jurídico-social que ha alcanzado un amplio desarrollo en las sociedades humanistas, desde la creación de las primeras civilizaciones organizadas, se estableció la necesidad de crear un procedimiento que le otorgara exactitud y certeza a actuaciones humanas, que lleven implícita una relación comercial, social y jurídica.

La doctrina establece que el notario realiza su función desde el momento en que tiene contacto directo con los requirentes, es por ello que en Guatemala se subdivide en las funciones que lleva a cabo el notario:

a) Función receptiva:

Se lleva a cabo a partir de que los requirentes trasladan su petición hacia el notario, es decir que le hacen saber el acto o contrato que desean realizar, y el notario recibe la voluntad de ambas partes, trata de entender lo que está sucediendo, con el propósito de ayudar, dar respuesta o una solución a la inquietud de las partes, basado en sus conocimientos y aplicando el derecho.

b) Función asesora:

Esta realiza el notario, luego de recibir la voluntad de las partes, le da la interpretación a su petición, esta función la adquiere través del estudio del derecho, la formación que requiere el notario a lo largo de su carrera profesional.

c) Función legitimadora:

Es importante que el notario cumpla con el requerir la identificación de las partes contratantes, para establecer efectivamente su presencia y con ello evitar que exista falsedad en los actos o contratos autorizados por él.

d) Función modeladora:

El darle forma a la voluntad de las partes, la debe realizar el notario de conformidad con las leyes, atendiendo a los requisitos esenciales de cada acto o contrato, para poder establecer el peso legal de cada negocio jurídico autorizado.

e) Función preventiva:

En su actuar el notario debe prever problemas futuros que puedan surgir de la autorización de los actos o contratos, evitando con ello que posteriormente se dé un conflicto entre las partes.

“La redacción de las cláusulas requiere de sabiduría legal y responsabilidad profesional para evitar que en el contrato se declara como verdadero aquello que no es cierto, de suerte que prevalezca el orden jurídico y la buena fe”.⁸

Por lo tanto, se entiende que los contratos autorizados por el notario, además de los requisitos legales establecidos, requiere que sus cláusulas que lo componen, estén redactadas con inteligencia legal, para poder establecer la veracidad del contenido y que todo lo relacionado tenga la característica de buena fe.

f) Función autenticadora:

La fe pública que posee el notario, hace que los actos o contratos autorizados por él, que lleven su firma y sello en original, tengan certeza y autenticidad, siempre que no exista prueba en contrario.

“La autorización como lo ha expresado la doctrina española es el acto del autor y creador de la escritura o del acta notarial”.⁹ Al respecto, el actuar del notario, siendo un fedatario público, produce que cualquier documento que haya sido autorizado por él, produzcan plena prueba.

⁸ Pérez Fernández Del Castillo, Bernardo. “Derecho notarial”, México: Editorial Porrúa, S. A., 1987. Pág. 163

⁹ Ibid., Pág. 164

A todo ello se le debe agregar la función que el notario ejerce en aquellos actos o contratos de jurisdicción voluntaria como lo establece la doctrina. En tanto que la normativa ha encomendado aquellas actividades en las cuales puede participar y resolver, evitando con ello la carga de los Órganos Jurisdiccionales. Recordando que la función primordial del derecho notarial es la creación del instrumento público, adecuándose a las formalidades que establece la ley para que tenga plena efectividad.

El notario realiza una serie de actividades acordes a su profesión, desde escuchar, interpretar, aconsejar a los requirentes, preparar, redactar, certificar, autorizar, conservar y reproducir el instrumento, pero la actividad más importante que realiza es la creación y perfección del instrumento público.

Cabe mencionar que la función que ejerce el notario es una función pública, porque proviene del poder del Estado, y las leyes que han sido creadas para regular la organización y la funcionalidad en la cual se desenvuelve, el estudio del profesional de derecho, exalta el alto nivel que se le ha encomendado, pues en caso contrario, el Estado no confiaría dicha función bajo ninguna circunstancia. No se debe confundir la función que realiza, puesto que ha sido investido con fe pública, no es un funcionario público que labora para el propio Estado, pues es considerado un profesional del derecho, libre de redactar los documentos, siguiendo las normativas y preceptos legales, abarcando los diferentes campos hasta llegar al extrajudicial.

Dentro de esta función existe la función pública que realiza el notario, a través de la fe pública de la cual el Estado lo ha investido:

4.1. Función Pública

Para el ejercicio de la función pública, es indispensable que el notario haya sido juramentado e investido con la fe pública que el Estado le ha propiciado, se entiende que tiene como finalidad la seguridad de las transacciones, de manera que las partes

contratantes tengan la certeza de que las leyes sobre las cuales se ha basado el acto o contrato, existen y pueden estar confiados de la realización del negocio.

Carral establece que la fe pública originaria: “Se da cuando el hecho se traslada al papel en forma de narración, captado directa y coetáneamente por la vista y el oído del funcionario de visut et auditu suis sensibus. Se trata de un documento directo (percibido por los sentidos del funcionario) e inmediato (narrado en el mismo momento)”¹⁰

En este sentido se da el cumplimiento de las funciones que debe realizar el notario para hacer efectiva su función, debido a que no puede autorizar ningún documento en el que no exista voluntad de las partes ni que cumpla los requisitos exigidos por la ley para dotar de certeza jurídica el instrumento redactado, entonces, se establece que la función notarial, inicia desde que el notario percibe la voluntad de las partes, dándole forma legal, adecuando las voluntades a las normativas para crear certeza en el instrumento público, autentica los documentos, que es la manera en la cual le da fe pública a los mismos.

En el derecho notarial, la funcionalidad del notario, puede decirse que es aquella que el funcionario aplica en la autenticación del instrumento, y los documentos autorizados por él que generalmente tiene la característica de ser público, y al ser autorizado por un notario, recibe el nombre de instrumento público.

De Las Casas citado por Giménez, dice que: “Fe pública es la presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la Ley reconoce como probos y verdaderos, facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasa entre los ciudadanos.”¹¹

¹⁰ Carral y de Teresa Luis, “Derecho notarial y derecho registral”, 16ª edición, México, editorial Porrúa 2004. Pág. 43

¹¹ Gimenez Arnau, Enrique. Op. cit., Pág. 29

De tal modo que el Estado reconoce el actuar del notario, pues establece que los actos autorizados por éste, se consideran como prueba de veracidad, actos que se derivan de las relaciones que surgen entre los particulares.

El notario tiene la facultad de poder investir de certeza y seguridad jurídica, aquellos actos o contratos que han sido sometidos a su conocimiento, que los ha plasmado en un documento, confiriéndoles autenticidad, que van a suponer la verdad oficial imponiendo dicha creencia a las partes que formen parte del negocio jurídico. En ese sentido, es la fe pública, la que hace eficientes los documentos redactados.

5. Derechos del notario

Actualmente no existe una normativa que le conceda derechos específicos a los notarios, sino que se debe analizar la legislación para poder establecer cuáles son esos derechos, sin embargo existe doctrina que habla acerca de esto:

Para el autor Gracias pueden existir los siguientes derechos:

a) Autodeterminación:

“En ejercicio de este derecho, el Notario goza de libertad para calificar y proponer las soluciones más adecuadas, conforme a su criterio técnico legal, para los casos que le sean planteados.”¹²

Por lo que es necesario que el notario, en el ejercicio de su función, se encuentre libre de coacción de cualquier índole, que perjudique su actuar, para que pueda establecer la resolución de aquellos conflictos que surjan, basados en la legislación y la normativa, utilizando su raciocinio y su capacidad de análisis.

b) A cobrar honorarios por los servicios que preste:

El cobro por servicios profesionales debe estar pactado de conformidad con el arancel que establece la ley, pero es necesario que las partes tengan claro que de

¹² Gracias González, José Antonio. Op. cit., Pág. 74

ello no depende la eficacia del contrato convenido, y no debiendo existir los cobros aprovechados de los profesionales del derecho.

c) A Asociarse:

“Este aspecto debe ser entendido desde un doble punto de vista. El notario puede asociarse con otro u otros profesionales para la prestación de servicios, o bien gremiales o para otros fines legales que considere pertinentes, lo cual está garantizado por la Constitución Política de la República a todo ciudadano.”¹³

De manera que la Carta Magna reconoce el derecho de asociación a todos los ciudadanos, aquí puede incluirse al notario como ciudadano, pudiendo requerir de servicios profesionales de otros colegas, para poder analizar casos sometidos a su conocimiento y darle una solución que se apegue a la ley y que convenga a los intereses de las partes, pero han existido organizaciones que no han ayudado al sistema notarial, se han dedicado a utilizar la profesión para poderse enriquecer ilícitamente, es por ello que los valores y principios deben estar bien fundamentados en aquellas personas que aspiran a ser notarios, quienes tendrán la investidura de representar en ciertos actos al Estado y poder realizarlo de acuerdo a las leyes y normativas. También se habla de la colegiación obligatoria para los profesionales.

d) A excusarse:

“El notario, como profesional liberal, puede y debe, cuando así lo juzgue oportuno por motivos personales, de conciencia o de legalidad, excusarse de prestar sus servicios. Así por ejemplo, no está obligado a aceptar prestar sus servicios cuando el negocio o asunto para el que se requiere evidencie o presente indicios de ilegalidad o sospecha justificada.”¹⁴

Es por ello, que el notario debe estar consciente de la importancia que implica su función, realizarla de conformidad con las leyes, porque el peso jurídico del

¹³ Gracias González, José Antonio. Op. cit., Pág. 75

¹⁴ Ibid. Pág. 76

documento redactado y autenticado por él, si se realiza de manera ilegal, puede traerle consecuencias, que acarreen sanciones para prohibir su ejercicio profesional. Estos derechos anteriormente descritos, pueden encontrarse en la legislación guatemalteca, diferentes leyes que pueden ser tomadas por el notario para poder establecer los derechos que le corresponden, es importante mencionar que el notario es un funcionario público, al que el Estado debe proteger por la función que ejerce dentro de la sociedad, representar al Estado implica un peso judicial para el notario, porque cualquier persona que considere que el actuar de éste es ilegal, podrá acudir a los Tribunales de Justicia para hacerlo constar, de la misma manera acudir al Colegio de Abogados y Notarios para poder hacer del conocimiento sobre las faltas en las cuales ha incurrido.

6. Derecho notarial

El derecho notarial, se ha discutido durante muchos años en la doctrina, a que rama del derecho pertenece, algunos autores dicen que es de derecho público, mientras que otros afirman que es de derecho privado. En Guatemala se considera que pertenece a la rama del derecho público, pues la función que ejerce, proveniente de la fe pública que el Estado le ha investido, es decir, que el notario en el ejercicio de su función, es representante del Estado en aquellos actos que se le han encomendado de conformidad con las leyes guatemaltecas, para ello es importante que el actuar este regularizado por el Estado para darle seguimiento a todos los documentos que autorizan los notarios, así como la creación del Colegio de Abogados y Notarios, encargado de velar porque la función del notario sea apegada a la Constitución Política de la República de Guatemala, así como con equidad, justicia, responsabilidad y ética y lograr que el buen desempeño de la profesión dentro de la sociedad.

6.1. Concepto de derecho notarial

Variadas y abundantes son las definiciones que se han utilizado para poder establecer el derecho notarial, su contenido y las partes que lo conforman.

Cabanellas establece por derecho notarial: “Principios y normas reguladoras de la organización de la función notarial y de la teoría formal del documento público.”¹⁵

Por ello se entiende, que el notario aplica el derecho en todas sus formas, desde las normas adjetivas, hasta las norma sustantiva, va a establecer que el instrumento público alcance la perfección jurídica, que va a transmitir un espíritu de seguridad, robusteciendo de seguridad jurídica las actuaciones en el ejercicio de su función. Existiendo una presunción que establece que todos los actos en los que el notario ha intervenido, se dice que tienen carácter exactitud, precisión, sin tacha.

Muñoz establece que: “En el Tercer Congreso Internacional de Notariado, celebrado en París, Francia en 1954, se estableció: “Es el conjunto de disposiciones legislativas y reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial.”¹⁶

En ese sentido, se agregan el conjunto de disposiciones reglamentarias, es decir que ya no solo son normativas las que van a regir el actuar del notario, sino que debe tomarse en cuenta, aquellos reglamentos a los cuales está sujeta dicha función, por ejemplo, leyes y reglamentos que hablen de impuestos a los que están sujetos los instrumentos públicos, el cumplimiento de reglamentos registrales y sujetarse a ellos para hacer eficaz el derecho notarial a través de la funcionalidad del notario.

La definición más completa y a la que los doctrinarios hacen más énfasis, es la que establece Salas quien establece 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.”¹⁷

¹⁵ Derecho notarial. Cabanellas, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo III. Argentina. Editorial Heliasta S.R.L.1989. 21ª edición. Pág. 142

¹⁶ Muñoz, Nery Roberto. Op. cit., Pág. 27

¹⁷ Salas, Oscar A. Op. cit., Pág. 15

Al desglosar esta definición, se entiende que las normas jurídicas se deben apegar a la legislación guatemalteca, para darle cumplimiento a las leyes y estatutos que limitan el ejercicio profesional, la doctrina complementa la legislación. La teoría formal del instrumento público contiene la teoría general del instrumento público que va a estudiar las diferentes partes que lo integran, desde la rogación, el secreto profesional, la naturaleza del instrumento público, su clasificación, partes que lo integran, personas que intervienen, la autenticación, el protocolo (escritura matriz), las copias y testimonios.

Mengual citado por Giménez, define el al Derecho Notarial como: “Conjunto de normas jurídicas de carácter positivo que regulan el funcionamiento y organización de la Institución Notarial en los distintos países. En sentido doctrinal dice de él que es aquella rama científica del Derecho Público que, constituyendo un todo orgánico, sanciona en forma fehaciente las relaciones jurídicas voluntarias de un funcionario que obra por delegación el poder público.”¹⁸

En el primer supuesto, se ubica el derecho notarial en la rama del derecho privado, pues no abarca el contenido y función notarial, de igual forma deja un vacío al no establecer el instrumento público, en el segundo supuesto la ubica en el derecho público, pues es evidente que la función notarial que proviene de la fe pública, ha sido encomendada al notario.

Al adecuar una definición a la actualidad, nuestro medio se apega al sistema latino, todas las definiciones de los doctrinarios incluyen la organización del notariado y la teoría general del instrumento público, pero es importante establecer que el papel que desempeña el notario, es indispensable para llevar a cabo la misión del derecho notarial, al grado de saber aplicar las normativas vigentes a los casos concretos sometidos a su conocimiento, para brindar un servicio de excelencia al sociedad y establecer las soluciones apegadas a la realidad de las partes contratantes, por ello

¹⁸ Gimenez Arnau, Enrique. Op. cit., Pág. 14

es necesario que en la definición de derecho notarial se incluya la madurez del derecho moderno.

6.2. Naturaleza del derecho notarial

La división del derecho, atendiendo a la rama que pertenece, derecho público y derecho privado, ha sido discutida en el ámbito del derecho notarial, algunos autores lo sitúan en el derecho público, por la función que entabla a raíz de la fe pública que sostiene y otros en el derecho privado, basados en la participación de los particulares en la contratación.

“El Derecho Notarial es adjetivo debido a que busca la aplicabilidad del derecho sustantivo, a través de la determinación de procedimientos y maneras para realizar el derecho sustantivo. Así, a manera de ejemplo, el derecho del propietario a vender lo que le pertenece está reconocido por el Derecho Civil (derecho sustantivo), para efectos de la realización de este derecho subjetivo de la persona, puede hacerse la venta mediante el otorgamiento de escritura, por lo que en el Código de Notariado se establecen cuáles son los requisitos formales para el otorgamiento de dicha escritura.”¹⁹

En ese sentido, se puede observar que el derecho notarial tiene relación con el derecho público y a la vez con el derecho privado, lo que le da naturaleza mixta, en Guatemala la naturaleza, ha sido catalogada dentro del derecho público, porque es el Estado quien le ha dado la facultad de autorizar aquellos actos, en los cuales no puede estar presente, pero se los ha confiado al notario para poder tener legalidad y certeza, para que tengan la validez que requiere la legislación. El papel que desempeña el notario en el ejercicio de su función no es de un funcionario público, y se desenvuelve en relaciones que existen entre particulares y el Estado actuando como particular. Con ello se puede decir que es de derecho privado. En tanto que la fe pública de la cual está investido, le obliga a realizar su función con apego a las leyes y normas que se han creado, pues todo acto jurídico que sea autorizado por

¹⁹ Gracias González, José Antonio. Op. cit., Pág. 36

éste, tiene como fin la seguridad jurídica frente a terceros y ante las leyes guatemaltecas.

6.3. Fuentes del derecho notarial

Cuando se habla de las fuentes del derecho, nos referimos al surgimiento del derecho, como se manifiesta el derecho en sus diferentes ramas, en nuestro sistema puede hacerse mención de dos tipos de fuentes, las directas e indirectas; la primera comprende las leyes y normativas que provienen del legislativo, la costumbre y los principios generales del derecho. La segunda abarca los tratados internacionales y la jurisprudencia.

En este apartado se analiza las fuentes que dieron origen al derecho notarial, atendiendo a la autonomía que los tratadistas le han impuesto, a partir del Primer Congreso Internacional del Notariado Latino.

Muñoz establece al respecto que: “En Guatemala, la única fuente del derecho notarial es La Ley. Las otras fuentes, únicamente le sirven para nutrirse. Entre ellas, la doctrina, lo que los autores nacionales y extranjeros que han escrito sobre Derecho Notarial, configuran la doctrina; la jurisprudencia crea reglas jurídicas; la costumbre, prácticas y usos, sirven de base para crear normas jurídicas.”²⁰

A diferencia del sistema Sajón, en el cual el notario no realiza la función de orientar a las partes contratantes para poder redactar el documento que se adecue a la situación, en Guatemala existen leyes y normativas que le dan la pauta al notario para poder autorizar un instrumento público, determinan lo que puede realizar y lo que está prohibido que realice, es por ello que la única fuente de derecho notarial es la ley, pues si bien es cierto que en otras ramas del derecho, se pueden aplicar de una mejor forma la costumbre, jurisprudencia, prácticas y usos, en el derecho notarial no es tan permitido, pues la función que realiza el notario es la de dar fe de los actos

²⁰ Muñoz, Nery Roberto. Op. cit., Pág. 37

y contratos que son sometidos a su conocimiento, al grado de poder alcanzar certeza y validez jurídica ante la sociedad.

Algunas prácticas en la vida cotidiana han llevado a utilizar la costumbre por parte del notario, por ejemplo, en el requerimiento de ingresar testimonios a operación Registral en el Registro de la Propiedad, el notario debe adjuntar un duplicado, cuestión que se ha vuelto practica al realizarlo en instituciones que no requieren de dichos duplicados. La doctrina le sirve al notario para poder interpretar cuestiones de derecho que no están muy claras en las normativas.

En conclusión, la principal fuente del derecho notarial en el sistema guatemalteco es la ley.

6.4. Principios del derecho notarial

Por la palabra principio aplicado al derecho notarial, como rama jurídica, es aquella ley que debe alcanzar cumplimiento o que se debe seguir con un propósito a la par, para llegar un fin, son fundamentales para guiar el ámbito de aplicación de la función notarial y con ello lograr la elaboración del derecho.

En Guatemala se pueden mencionar los siguientes principios del derecho notarial:

a) Principio de la forma:

El notario debe conocer con exactitud las partes y requisitos legales de los instrumentos públicos, de manera que pueda darle forma legal a la voluntad de las partes, con ello poder adecuar su actuar a las necesidades de los requirentes. El código de notariado establece los requisitos mínimos que deben de contener los instrumentos públicos autorizados por notario.

Se debe tomar en cuenta las formalidades que las leyes y normas le imponen al notario para poder redactar todo tipo de documento.

b) Principio de intermediación:

La importancia de la presencia del notario al momento de ejercer su función, radica en que deberá estar frente a las partes contratantes para poder analizar el requerimiento, la situación frente a la cual están pasando y poder establecer la voluntad de ellos redactando los instrumentos públicos de conformidad con las leyes.

La presente tesis tiene su mayor enfoque en este principio, debido a que la función del notario se desenvuelve principalmente estando frente a las partes, Gracias establece: "... En el Derecho Notarial la intermediación establece la obligación que tiene el Notario de conocer por sí mismo las manifestaciones de voluntad de las partes, los requirentes y así, con base en esa corroboración de la voluntad y actuaciones de los comparecientes, hacer constar el acto o contrato del cual dará fe o autorizará."²¹

Situaciones que se han dado que han puesto en evidencia que ciertos notarios no cumplen con este precepto, atendiendo a la necesidad de estar frente a cualquier circunstancia, es necesaria su presencia, para poder determinar el problema, identificar sus causas y poder darle una solución más ajustada a derecho.

El notario tiene la responsabilidad de poder incurrir en falsedad, en aquellos contratos autorizados por él, cuando no esté en presencia de ambas partes, sin haber escuchado su voluntad de viva voz, esto obliga a que en cada acto o negocio jurídico sea requerida su presencia.

La manera en que el notario puede determinar la voluntad de las partes, es poder estar presente en cada etapa de su función desde la rogación, hasta la función de autenticación.

c) Principio de fe pública:

Salas al respecto establece: "Fe quiere decir creencia, convicción, persuasión, certeza, seguridad, confianza en la verdad que no se ha visto, por la honradez y

²¹ Gracias González, José Antonio. Op. cit., Pág. 38

autoridad que se le reconoce a la persona que da testimonio.”²² En Guatemala la fe pública que posee el notario, establece la veracidad sobre aquellos negocios jurídicos que han sido autorizados por éste, le da la legalizada que requiere para poder tener fuerza legal, certeza de que el contenido es totalmente jurídico y está apegado a las leyes, se dice que los documentos autorizados por notario tienen respaldo total, salvo que se pruebe impugnándolos por nulidad o falsedad.

La exactitud y la integridad en todos los actos o contratos autorizados por un notario, debe transmitirla a través de la fe pública.

d) Principio de rogación:

En el ámbito del derecho y en el ejercicio profesional, ningún notario está facultado para que se pueda hacer publicidad, es decir, que está prohibido entregar tarjetas a la población en general de manera que puedan solicitar sus servicios, las partes interesadas en realizar un contrato o negocio jurídico, están facultadas para poder requerir los servicios de cualquier profesional, en el que confíen todos los requirentes.

e) Principio de autenticación:

Este principio va de la mano con la función autenticadora del notario, pues en ella le confiere la potestad legal a los documentos que han sido autorizados y legalizados por él, realizado a través de su firma y sello.

f) Principio de consentimiento:

Este principio es fundamental para poder autorizar el instrumento público que más se asemeje a las necesidades de las partes contratantes, pues recordando que el código civil establece que se requiere el consentimiento de las partes para que pueda llevarse a cabo un contrato, es fundamental que exista consentimiento de ambas partes para realizar cualquier negocio jurídico, pues de no ser así, el notario

²² Salas, Oscar A. Op. cit., Pág. 91

que de fe pública de ello, de no ser así, nace la Litis que deberá evidenciarse y solucionarse ante los órganos de justicia.

g) Principio de publicidad:

Todos los actos o contratos realizados por un notario son públicos, pues dentro del ejercicio de su función, es obligación del notario expedir las copias que los otorgantes les requieran, además de las copias que son enviadas a las diferentes instituciones para guardar un registro de las actuaciones notariales. Salvo las excepciones que establece la ley en los casos de testamentos y donaciones por causa de muerte, siempre que viva el causante.

h) Principio de imparcialidad:

El presente principio puede enlazarse con el principio de intermediación, pues el notario debe jugar un papel neutro al momento de ser requerido, entonces, se dice que el notario está presente al momento de autorizar algún acto o contrato y su papel no se inclinara a beneficio de una de las partes, sino deberá analizar la voluntad de ambas partes, y poder darle una solución que convenga para todos, de tal forma de poder transmitir la satisfacción de seguridad y convicción en el negocio jurídico.

i) Principio de unidad de acto:

La continuidad en la actuación notarial es importante, para que sean eficaces aquellos contratos autorizados por el notario, es decir, que deban iniciar y finalizar en el mismo lugar, de manera que pueda determinarse la certeza del documento, para evitar falsedad o fraude de cualquier índole.

j) Principio de protocolo:

El artículo 8 del código de notariado establece: “El Protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra de conformidad con esta ley.” De ello se puede establecer que todas las actuaciones del notario en el ejercicio de su función deberán estar contenidas en la colección que presenta al archivo

general de protocolos a través de su índice respectivo y dando los avisos necesarios de documentos autorizados por él al Archivo General de Protocolos. Esto asegura la permanencia de todos los documentos y poder expedir las copias necesarias cuando le sea requerido.

k) Principio de unidad de contexto:

No se puede modificar el contexto de las actuaciones notariales, pues no se puede modificar o suprimir obligaciones y derechos que estén contenidas en las leyes que regulan la función notarial en Guatemala, pues para ello se podría afectar la unidad de contexto con que debe cumplir el notario.

l) Principio de seguridad jurídica:

La fe pública que ha investido la función del notario, hace que todos los documentos autorizados por él, lleven implícitos la certeza y el peso legal que necesita, producen fe y hacen plena prueba.

m) Principio de función íntegra:

Este principio lleva al notario a cumplir con todas sus obligaciones, previas y posteriores en el ejercicio de su función, es decir que el notario debe cumplir a cabalidad su función, es allí en donde surgen todos aquellos actos en los cuales deberá concluir, recordando que el notario es el núcleo de la seguridad jurídica en todos los actos que autoriza y por lo tanto para que esto se lleve a cabo, es necesario que cumpla con todo lo establecido en leyes y reglamentos al momento de su contratación.

CAPITULO II

LA CONTRATACIÓN NOTARIAL

2.1. Contrato

El contrato es considerado como el fruto del estudio del derecho, una evolución jurídica, que responden a las ideas que ha organizado el proceso histórico, hasta alcanzar auge dentro de la sociedad guatemalteca. A raíz del nacimiento de las obligaciones entre particulares, es necesario estipular los contratos, pues en ellos se dice que existe una obligación de entregar una cosa a cambio de una retribución que en ocasiones podía ser una cosa de igual o diferentes naturaleza, es por ello que existen los convenios de voluntades, pero no era suficiente por sí sola, por ello surge la necesidad de tipificar la voluntad a través de los contratos en la legislación. En la actualidad la función notarial, se ha visto envuelta en gran parte por la contratación notarial, es decir, por la redacción, creación y autorización del instrumento público, el notario en el ejercicio de su función, abarca la elaboración de los diferentes contratos que se adecuen a la necesidad de los requirentes, que puedan ayudar a solucionar la petición que ha planteado ante el notario. Los hechos sociales han permitido la individualización de cada contrato, pues, el derecho inicia en el contrato y al terminar éste, acaba el derecho, dando lugar a la arbitrariedad y las fuerzas.

Puig establece: “Ocurre, con el concepto de contrato, lo que algunas de las ideas más fundamentales del derecho que, no obstante su aparente sencillez, encierran, sin embargo, una gran complejidad para lograrlas. Y es que, en realidad, para formarnos una idea exacta del contrato, es necesario situarnos en las principales fases de su evolución jurídica; pues no es lo mismo el concepto de esta figura en el mundo romano, por ejemplo, que el que se tenía en época liberal, y el que supone hoy en día.”²³ Con ello se concluye que el contrato, se ha visto en la necesidad de poder evolucionar, pues la legislación ha marcado los requisitos esenciales para

²³ Puig Peña, Federico. “Compendio de derecho civil español.” Tomo I Madrid, España. Editorial Nauta S.A. 1976. Pág. 324.

poder darles validez, además de la fe pública que el notario le proporciona, es prudente que pueda encontrarse su tipificación en la ley y normativa, esto le dará una mayor certeza dentro de la sociedad.

Se puede entender por contrato el acuerdo de voluntades, en el cual intervienen dos o más personas, que van a establecer derechos y obligaciones, que pueden tener carácter de presentes o futuras, dejando plasmado su contenido en un contrato de carácter público o privado, en donde interviene en la autorización y redacción apegada al derecho, un notario, que da fe de todo el contenido que se deriva de la voluntad y consentimiento de las partes, quedando impregnada en dicho contrato.

Para Aguilar el significado de la palabra contrato es: “El negocio jurídico por excelencia, es decir, el contrato es el negocio jurídico por antonomasia, hasta el punto de haberse pensado la construcción de esta categoría tomando el contrato como modelo.”²⁴ Quien le transmite la característica de ser excelente, pues de ellos se derivan los derechos y obligaciones que deben de cumplirse por las partes contratantes, y alcanza un nivel de excelencia por estar dotado en derecho y apegado a las legislaciones, para poder solventar cualquier vicisitud. También establece que: “El contrato es un supraconcepto, que es aplicable a todos los campos jurídicos y de consiguiente, tanto al Derecho Privado como al Derecho Público e incluso al Derecho matrimonial.”²⁵ Con lo que se puede establecer que el contrato abarca la diferente contratación que existe en nuestra legislación, hasta llegar al derecho matrimonial, considerando a éste como un contrato que puede extenderse en sus diferentes etapas.

En la legislación guatemalteca, se encuentra regulado en el Decreto-Ley 106 Código Civil en el artículo 1517 que estipula: “Hay contrato cuando dos o más personas, convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.” De tal forma que, el contrato va crear aquellos derechos y obligaciones que pueden surgir de la voluntad de las partes contratantes, puede modificar las ya existentes y perfeccionarlas,

²⁴ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. “El negocio jurídico.” 6ª. Edición. Guatemala. Editorial Magna Terra Editores, S.A. 2008. Pág. 61

²⁵ Ibid. Pág. 64

dándole otro enfoque y en algunas circunstancias extinguir a través del contrato, las obligaciones que estén pactadas por los contratantes.

Hay que recordar que el solo hecho de la voluntad y la exteriorización de la misma, realizada por las partes no genera obligaciones de ninguna clase, que puedan ser exigidas por otra persona, en virtud de la necesidad de recurrir a los medios de los cuales el Estado ha proporcionado a las partes para poder plasmar su voluntad y deseo, del cual surgen las obligaciones y derechos exigibles, que también se pueden exigir a través de los procedimientos que establece la ley para cada uno de los casos, entendiendo con ello que el contrato debe quedar plasmado en un instrumento público autorizado por un notario y con ello, obtener el valor y la certeza de la cual ha sido proporcionada.

Para Gherzi los contratos son: “Acuerdos de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad desatinada a regir sus relaciones jurídicas.”²⁶ Es importante mencionar que para perfeccionar el contrato, es necesario que exista voluntad de las partes, y que puedan expresar su consentimiento y aceptación de todo el contenido del contrato, para que al ser autorizado, este dotado de certeza jurídica.

Ossorio define al contrato como: “El pacto o convenio entre las partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. Definición jurídica, se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntades comunes destinadas a reglar sus derechos.”²⁷

Existe obligaciones que surgen del contrato, las cuales deben ser cumplidas a cabalidad por las partes, unificando las obligaciones es la manera en que puede

²⁶ Gherzi, Carlos Alberto. “Contratos civiles y comerciales”. Tomo I. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1992. Pág. 97

²⁷ Contrato. Ossorio, Manuel. “Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales”. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta. 2007. 35ª edición. Pág. 222

realizarse el contenido del contrato para garantizar su eficaz función y que puedan utilizar sus derechos como normas para la vida y validez de todos los actos en los cuales puede intervenir el notario.

Todo contrato es continente de un negocio jurídico, desde luego que no todo el negocio jurídico puede ser contenido en un contrato. El contrato se ubica como una especie dentro del negocio jurídico, que tiene como finalidad armonizar los intereses económicos inicialmente opuestos y que no coinciden, siendo esa la cualidad la fuente más grande de derechos y obligaciones.

De Buen considera al contrato como: “Acuerdo espontaneo de voluntades, que persiguen fines distintos, adecuando a la ley y a las buenas costumbres, generalmente consensual y excepcionalmente formal, para la creación y transmisión inmediata, diferida o condicionada, temporal o permanente, de derechos y obligaciones de contenido patrimonial.”²⁸

Con lo que se puede establecer, que el acuerdo de voluntades deberá ser espontaneo, es decir que las partes deben hacer saber al notario en el instante, sobre el asunto que desean, la esencia del contrato, por ejemplo, en un contrato de compraventa de bien inmueble, el vendedor, expresa su deseo de poder vender el inmueble de su propiedad, mientras que el comprador manifiesta su voluntad de adquirir dicho bien, en ese orden de ideas, la función notarial entra en ejercicio, pues a través de ella se van a adecuar las voluntades de ambas partes a los requisitos que la ley establece, tomando en cuenta las buenas costumbres, para establecer la legalidad y eficacia del negocio jurídico.

Para concluir, el contrato es un acuerdo de voluntades, por el cual dos o más personas, convienen en crear nuevas obligaciones y exigir aquellos derechos que le corresponden, derivado del mismo, modificar aquellas obligaciones que ya existen

²⁸ De Buen Lozano, Néstor. “La decadencia del contrato” 2ª edición. México. Editorial Porrúa, S.A. 1986. Pág. 205

para ser mejoradas o para dejar de realizar algún acto, plasmado en el instrumento público el contenido de la voluntad de ambas partes y autorizado por un notario que dará fe de todo lo actuado, otorgándole una presunción de veracidad frente a terceros.

2.2. Naturaleza jurídica del contrato

Al hacer el análisis sobre la naturaleza jurídica del contrato en Guatemala, hay que mencionar que el código civil regula el contrato como una fuente de obligación, es decir, que debido a su naturaleza, se puede establecer que las obligaciones provienen de los contratos que han sido suscritos por las partes. Hay que recordar que el artículo 1518 de dicha normativa, establece que: “Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.” Con esto, el contrato en Guatemala es considerado como consensual, porque basta el consentimiento de las partes para poder determinar su perfección.

El contrato en Guatemala se puede concluir que la naturaleza jurídica de los contratos, pertenece al conjunto de obligaciones que nacen de éste, pues es necesario que exista una manifestación de voluntades, que van dirigidas a crear, modificar o extinguir una obligación, de manera que puedan establecerse aquellas obligaciones a las cuales están sujetas las partes y los derechos que le pertenecen a cada uno.

2.3. Elementos esenciales del contrato

Deben observarse para la validez del contrato, corresponden a aquellos sin los cuales el contrato no puede existir, debido a que su función es integradora, ya que sin ellos el negocio jurídico no existe, siendo no sólo necesarios para su existencia, sino también fundamentales para que adquiera su validez. En la legislación guatemalteca, se establecen los elementos esenciales para establecer que el negocio jurídico posee la presunción de veracidad, derivado del actuar notarial

El artículo 1251 del Código Civil establece al respecto: “El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito”. De manera que es importante establecer cada uno de ellos para determinar su contenido.

2.3.1. Capacidad

Es un elemento que se requiere para que el negocio jurídico sea válido, por consiguiente, la incapacidad es una causa de invalidez que origina la nulidad relativa del negocio jurídico en general.

Para Cabanellas capacidad legal es: “La cualidad determinada por las leyes para ejercer toda clase de derechos: civiles, políticos y sociales.”²⁹

El artículo 1254 del código civil establece: “Toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquellas a quienes la ley declare específicamente.”

La capacidad legal es aquella facultad que adquieren los guatemaltecos, a partir de los 18 años de edad, siempre que no haya sido declarada incapaz, la cual va a establecer que dicho sujeto es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. De conformidad con el artículo 8 del código civil. Sabiendo que existen dos tipos de capacidad, la de goce, derecho o jurídica, la que obtiene cada persona a partir de su nacimiento, dejando de existir con la muerte, dicha capacidad no puede ser objeto de restricción y la de ejercicio, de hecho o de obrar, que es la que reconoce el ordenamiento jurídico para poder hacer eficaz el actuar de las personas en el mundo del derecho, que va encaminada al cumplimiento de sus obligaciones y hacer valer sus derechos.

²⁹ Capacidad legal. Cabanellas, Guillermo. “Diccionario enciclopédico de derecho usual” Tomo II. Buenos Aires, República de Argentina. Editorial Heliasta S.R.L. 1989. 21ª edición. Pág. 52

Tienen capacidad para contratar todas aquellas personas que por mandato y definición legal pueden ejercer derechos y contraer obligaciones, estableciendo en la ley de igual manera quien no posee capacidad para contratar, Ossorio describe que capacidad es: “Aptitud que se tiene, en relaciones jurídicas determinadas, para ser sujeto activo o sujeto pasivo. Como se ve, esa capacidad puede ser absoluta, si permite actuar en toda clase de actos jurídicos y políticos o relativa, cuando consiente realiza algunos de ellos y no otros.”³⁰ Por lo que, la capacidad es la facultad que se adquiere para poder realizar negocios jurídicos que lo requieran, siempre y cuando la persona se encuentre en facultades totales para realizarlo. La capacidad civil se adquiere a partir de que una persona es sujeto en un negocio jurídico, pues tiene la facultad de adquirir derechos y responder las obligaciones que de ello pudiere derivarse.

La capacidad contractual, supone el cumplimiento de un requisito indispensable para que el contrato pueda alcanzar sus efectos, pues entendiendo que si existe incapacidad en alguna de las partes, el negocio jurídico es nulo, pues se estaría actuando en contra de la ley, por ejemplo: un niño de 8 años no cuenta con el uso de razón para poder comprar un vehículo, de esta forma el negocio jurídico que se llevó a cabo, es inexistente porque no existe capacidad total.

2.3.2. Consentimiento

Para que el negocio jurídico pueda encuadrarse dentro de un tipo legal en la normativa, es necesario que exista consentimiento de ambas partes contratantes, pues es la forma en la que existe un consenso entre la oferta y la aceptación, pues deben estar de acuerdo y satisfechas ambas partes para poder hacerlo saber al notario, quien es el que servirá de mediador y orientador en el ejercicio de su función. El consentimiento debe estar libre de vicios, que puedan afectar los derechos que le pertenecen a las partes, de tal manera que el único interés dentro del contrato, deberá ser el que más se asemeje a las necesidades actuales.

³⁰ Capacidad. Ossorio, Manuel “Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales”. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta S.R.L. 2007. 35ª. Edición. Pág. 145

Aguilar establece al respecto: “Se puede entender por consentimiento contractual el común acuerdo de las partes sobre la celebración del contrato, que contiene su reglamentación y se proyecta sobre todos los elementos que lo integran.”³¹

Es importante mencionar que dentro de la contratación, el consentimiento abarca desde la búsqueda del profesional del derecho, realizada por las partes, es decir, la rogación, para poder establecer el negocio jurídico a exteriorizar, con ello se puede establecer que no existe interés por parte del notario que va a autorizar el instrumento público, sino que su función es neutral, pues lo que busca, es la satisfacción de todas las partes en un acto o contrato. En conclusión, la expresión de consentimiento, es la declaración de voluntades, que posteriormente se unen para autorizar un negocio jurídico en común. Por ello es necesario establecer la declaración de voluntades, pues tiene una amplia relación con el consentimiento.

2.3.2.1. Declaración de voluntad

El negocio jurídico surge y alcanzan su sentido desde el momento en que las partes en un contrato, tienen la voluntad de realizar algún negocio en común y lo expresan, de modo que el requisito indispensable de todo acto, de cualquier tipo, es el consentimiento y la voluntad, parte de los requisitos esenciales, que van paralela a su función. Para que la voluntad sea efectiva dentro del contrato, es necesario su exteriorización, pues de tal manera el notario que autorice el contrato, será el encargado de recibir la voluntad de las partes y darle forma legal, adecuando su solicitud a las leyes y normativas que regulan los diferentes tipos de contratos.

“El principio de la autonomía o libertad contractual consiste en la libertad de estipulación de los intereses de las partes dentro del campo de las obligaciones. También se le denomina autonomía de la voluntad. La declaración de voluntad consiste en la exteriorización del propósito de llevar a cabo un negocio jurídico”.³²

³¹ Aguilar Guerra, Vladimir. Op. cit., Pág. 195

³² Velásquez Ortiz, Carlos. “Derecho civil” Guatemala, 2001. Pág. 9

Se establece, que la voluntad contractual de las partes, en el negocio jurídico, es libre, pues de ello se va a derivar el contrato a establecer, así como aquellas obligaciones que deberán cumplir, de manera que se pueda hacer efectivo su contenido, pues si diera manipulación en la declaración de voluntad, puede atacarse el contrato por existencia de vicios.

Para el autor De Buen, citando la tesis de Thur: “La facultad de conformar los negocios jurídicos no corresponde a la voluntad interna sino a la voluntad declarada”³³ Con ello se puede concluir, que el consentimiento dentro del contrato, depende de la declaración de voluntad de las partes contratantes, pues deben exteriorizar sus acuerdos y los desacuerdos para poder alcanzar la finalidad del contrato, de tal forma que pueda cumplirse a cabalidad el requisito de consentimiento y voluntad de las partes.

2.3.3. Objeto lícito:

La legislación guatemalteca establece, que se tiene como objeto del negocio jurídico, la cosa o las cosas, presentes o futuras, las que el obligado debe entregar, aquello que el obligado debe hacer o dejar de hacer. La doctrina distingue que el objeto es crear o transmitir una obligación que se derive del negocio jurídico celebrado.

El artículo 1538 del código civil establece que: “No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género...” Es indispensable que al momento de determinarse el objeto, que va a establecer la naturaleza del contrato, éste pueda especificarse, ya que el mismo debe existir al momento de la contratación y poder observar la licitud del éste, debido a la concepción que el objeto es considerado como la realidad material o jurídica sobre la cual recae el negocio jurídico.

³³ Del Buen Lozano, Néstor. Op cit., Pág. 185

Además de los elementos ya citados, el autor Aguilar establece la clasificación de los elementos, que pueden ser considerados complementarios, los cuales son: esenciales, naturales y accidentales.

2.3.4. Causa:

Es importante establecer este elemento, que es utilizado en el ámbito contractual, y la legislación la incluye pero no como requisito esencial del contrato. Al hablar de causa, hace referencia a la finalidad inmediata del contrato, pues ésta nace de la obligación. Es el motivo o el objeto del porque se celebra el contrato, de manera que si falta la causa en el negocio jurídico, éste no puede producir sus efectos contractuales. Aquí es importante que la causa cumpla con los requisitos de veracidad, real, lícita, no contraria a la moral, y estar dentro de las buenas costumbres

Esenciales:

“En la doctrina más tradicional se denominan elementos esenciales (essentialia negotii) a aquellos que son indispensables para la validez y la eficacia del contrato, que son la capacidad contractual, el consentimiento, el objeto y la causa (propósito pretendido), y la forma cuando su exigencia es ad solemnitatem.”³⁴ A esta clasificación se le suma la causa, entendiendo que la causa, es el alcance que va a tener la manifestación de voluntad de las partes, pues, en este caso pretenden llegar a establecer la finalidad del contrato, dependiendo su naturaleza. Es importante que la causa se forme de los elementos de veracidad, existencia y licitud para que pueda hacerse efectiva dentro del negocio jurídico. Además la forma, pues existen contratos en los cuales las leyes y normativas obligan a cumplir con la solemnidad para que puedan ser tomados como válidos y nazcan a la vida jurídica, se puede entender por solemnes, a aquellos contratos que se autorizan en escritura pública y están sujetos a registro.

³⁴ Aguilar Guerra, Vladimir. Op. cit., Pág. 182

Naturales:

“Por el contrario, se conocen como elementos naturales (*naturalia negotii*) aquellos que se integran en cada tipo contractual y que se imponen por el legislador a falta de una disposición en contrario de las partes, pues por naturaleza corresponden a ese contrato.”³⁵

Existen elementos que por naturaleza le corresponden a los contratos, dependiendo su tipificación en la ley, y algunos otros que por disposición legal, se le han asignado para su funcionalidad, por ejemplo, un contrato de sociedad, debe autorizarse en escritura pública, inscribirse en el Registro, para que pueda actuar con personalidad jurídica propia. De ese modo se puede decir que el elemento natural de este contrato es su autorización en escritura pública, además de la inscripción que se realiza en el Registro, por la naturaleza del contrato.

Accidentales:

“Se consideran elementos accidentales (*accidentalia negotii*) aquellos que por voluntad de las partes pueden acompañar a un determinado contrato, pese a que su presencia no es esencial”³⁶

Esta clasificación pertenece a los elementos que por disposición de las partes, puede incluirse dentro del contrato a celebrar, es decir que debe existir mutuo acuerdo entre las partes para poder determinar su existencia, este tipo de elementos no configuran la esencia del contrato, y la legislación no exige su existencia para que tenga validez jurídica, únicamente vienen a modificar el tipo abstracto del contrato. Por ejemplo, la condición, pues no pertenece a la esencia del contrato, pues son las partes quienes fijan la condición del mismo.

2.4. Nulidad y anulabilidad de los contratos

Este apartado es importante desarrollar dentro de la presente investigación, pues puede darse el caso que derivado del incumplimiento de los principios doctrinarios

³⁵ Loc. cit.

³⁶ Ibid. Pág. 183

pueda exigirse la nulidad o anulabilidad de los contratos autorizados. Existen dos tipos de nulidad que la doctrina y las leyes han caracterizado, nulidad absoluta y nulidad relativa:

2.4.1. Nulidad Absoluta

Cabanellas, afirma que: “La nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto; lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto.”³⁷

A esta clase de nulidad se le da el carácter de absoluta, pues si bien es cierto que a falta de algún requisito indispensable dentro del negocio jurídico, el mismo es considerado nulo, es decir que no nace a la vida jurídica, pues para que surta sus efectos, se deben cumplir los requisitos esenciales, así como aquellos requisitos que la ley establece para cada contrato. Para que pueda ser declarada la nulidad en los contratos, ésta debe existir al momento del otorgamiento del contrato, pues de lo contrario se considera que dicho contrato es anulable, pues ya nació a la vida jurídica.

Un contrato se considera ineficaz, cuando no ha sido autorizado y redactado, siguiendo todos los requisitos que la ley establece, cuando no reúne las cualidades suficientes, que puedan llegar a producir los efectos de las obligaciones que nacen de él, al respecto Vadillo establece que: “El negocio jurídico es nulo cuando, conteniendo todos los elementos necesarios para su nacimiento, infringe, sin embargo, un precepto legal de rígida observancia.”³⁸ Es de tal importancia, que la violación o inobservancia de los elementos esenciales del negocio jurídico, pueden hacer caer al contrato como nulo, pues la falta de uno solo requisito, dará lugar a que una de las partes, e inclusive un tercero esté legitimado para solicitar ante la

³⁷ Nulidad. Cabanellas, Guillermo. “Diccionario enciclopédico de derecho usual”. Tomo V. Buenos Aires, República de Argentina. Editorial Heliasta S.R.L. 1989. 21ª edición. Pág. 587

³⁸ Ruiz Vadillo, Enrique. “Derecho civil, introducción al estudio teorico-practico”. 16ª edición. Madrid, España. Editorial Ochoa Logroño. 1988. Pág. 218

autoridad competente, la nulidad de dicho contrato, logrando con ello que no tenga ningún efecto sobre el objeto del negocio jurídico.

La legislación guatemalteca al respecto establece en el código civil en su artículo 1301: “Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia. Los negocios que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto si son revalidables por confirmación.” Como por ejemplo, no puede realizarse un negocio jurídico, que lleve implícita una relación encaminada al tráfico de drogas, pues, dicha actividad está tipificada en la ley como un delito, que puede alterar el orden público y que dicha actitud está prohibida para realizarse en el territorio nacional. La nulidad de un contrato, establece que el negocio jurídico no tiene eficacia por lo tanto, lo que se derive de este, se considera como no existente.

En relación a la nulidad absoluta de los contratos establece Contreras que: “Es la que se produce cuando el faltan al negocio jurídico uno, algunos o todos sus elementos esenciales, en cuyo caso es correcto decir que el negocio jurídico no llegó realmente a formarse jurídicamente; o cuando en su celebración se violó un mandato o prohibición de la ley.”³⁹

En este sentido, el autor, en la nulidad absoluta de un contrato, además de la violación a un requisitos exigidos por las normativas, señala que las prohibiciones que establece la ley, pueden afectar el negocio jurídico desde su celebración, pues aquel negocio en el que se ha incluido estipulaciones que estén prohibidas por ley, no puede nacer a la vida jurídica, aunque hay que mencionar que existen contratos que nacen a la vida jurídica, pero su esencia jurídicamente es considerado improductivo, pues no se establecerán las obligaciones y derechos que las partes pretendían concluir, por lo que su objetivo no se cumple.

³⁹ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. “Obligaciones y negocios jurídicos civiles (parte general)”. 3ª. Edición. Guatemala. Editorial Serviprensa, S.A. 2013. Pág. 313

Para los contratos solemnes, exigido por la normativa guatemalteca, es importante el cumplimiento de los requisitos de forma, pues de no ser así, o de faltar un requisito solemne, el negocio jurídico es nulo, se considera que no nace a la vida jurídica, por ejemplo: un contrato de compraventa de bien inmueble, la ley establece que debe realizarse en escritura pública, y deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad; si dicho contrato se realiza en documento privado, con legalización de firmas, no puede ser tomado como válido, de igual manera, el Registro de la Propiedad no podría inscribir dicho contrato, pues no cumple con las solemnidades de ley.

Aquí se puede establecer que la falta de capacidad de las partes, falta de consentimiento, la falta de objeto lícito; son requisitos esenciales en toda contratación, pues el obviar alguno de estos, dará derecho a que cualquier persona que crea tener interés en el asunto, pueda solicitar su nulidad absoluta.

En conclusión, la nulidad absoluta, es aquella que a falta de un elemento esencial del contrato, así como aquellos requisitos que por mandato de ley deberá de cumplir en el otorgamiento de los contratos, el negocio jurídico puede ser declarado nulo, pues no deberá nacer a la vida jurídica, y en caso de existir éste, se considera infructuoso frente a las partes contratantes.

2.4.1. Nulidad Relativa

En esta clasificación, la doctrina también la llama anulabilidad de los contratos, pues es considerada como aquellas causas que determinan la invalidez de un acto o negocio jurídico, que puede derivarse de vicios, debido a que el contrato produce sus efectos, pero los mismos son claudicantes, de manera que, la eficacia del contrato en este sentido, puede ser atacado de anulable, que va a dar como producto un efecto retroactivo sobre el momento en que se ha celebrado, de manera que las partes que se vean afectadas, puedan solicitar la restitución de aquellos objetos que han sido afectados por el negocio celebrado.

En ese orden de ideas el autor Aguilar establece que: “La anulabilidad o nulidad relativa, es un tipo de ineficacia contractual que depende del ejercicio de la acción correspondiente por la persona legitimada para ello, produciendo hasta entonces el contrato sus efectos típicos o normales.”⁴⁰

En la anulabilidad contractual, el contrato ha nacido a la vida jurídica, pues el principal defecto es en cuanto a su estructura, y su efecto es menor, al efecto que produce la nulidad, por lo que su situación en cuanto a las obligaciones que se deriven del mismo, están en indecisión, pues su validez va a depender de la persona que le corresponda el derecho para pedir su anulación.

En este contexto la anulabilidad depende de la falta de capacidad de una de las partes o por vicios en el consentimiento, pues el negocio jurídico se tendrá como válido y eficaz, sino hasta el momento en que alguna de las partes solicite su invalidez, en ese momento es en donde actúa la anulabilidad de un contrato, a esto se le suma lo que establece el artículo 1303 del código civil que establece: “El negocio jurídico es anulable: 1) Por incapacidad relativa de las partes o de una de ellas y; 2) Por vicios del consentimiento”. De lo cual se puede establecer que, dependiendo de la naturaleza del acto o contrato, así será la anulabilidad del mismo, pues a diferencia, la misma norma establece claramente, el momento en el que un contrato sea declarado nulo. A esto se le debe añadir que el contrato debe haber sido declarado nulo a través de sentencia, por lo que es el momento en el que deja de surtir sus efectos.

Al establecer la causa de incapacidad, podría decirse que los menores de edad no tienen capacidad para ser personas de derechos y obligaciones, además aquellas personas que han sido declaradas incapaces, pues de la misma manera, no podrían estar frente a un negocio jurídico, pues no es sujeto de derecho en la relación contractual.

⁴⁰ Aguilar Guerra, Vladimir. Op. cit., Pág. 529

En el Derecho Civil Español Diez establece sobre la anulabilidad: “La acción de nulidad es imprescindible ejercitarla siempre para destruir la eficacia que, aun claudicante, está desplegando el contrato. No se olvide que estamos ante un contrato válido, aunque susceptible de impugnación.”⁴¹

Indiscutiblemente que el contrato ha nacido a la vida jurídica, sus efectos son aplicables desde el momento de su celebración, e inclusive, de no existir acción de anulabilidad por alguna de las partes contratantes, éste se tiene por eficaz, hasta el momento de su impugnación.

Otra causa son los vicios del consentimiento, pues el código civil establece en el artículo 1257: “Es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia”; entendiendo que él se está en estado de error cuando, la naturaleza del negocio jurídico no es la que le pertenece al mismo, el error recae sobre la cosa, o en ocasiones en alguna de las partes. El dolo dentro de la contratación, hace referencia la omisión que trae como consecuencia el error, siempre que sea lleve implícita la característica de maliciosa. La simulación ocurre cuando la adecuación del acto o contrato celebrado, se realiza en un tipo distinto al que deberá realizarse, siguiendo los procedimientos que establece la ley para su celebración, de ello puede ejemplificarse, un contrato de compraventa de bien inmueble, siguiendo los requisitos que la ley establece para la celebración de un mandato general. La violencia, recae específicamente sobre las partes contratantes, en aquellos momentos en los que el consentimiento ha sido obligado, ha dejado de ser de plena voluntad y ha pasado a expresarse a través de la fuerza, intimidación grave, inminente, contra la persona, honra o bienes del contratante, o las amenazas que puedan ser recibidas hacia familiares de las partes en un contrato.

⁴¹ Diez Picazo, Luis. Antonio Gullon. “Sistemas de derecho civil”. Volumen II. España. Editorial Tecnos, S.A. 1988. 5ª edición. Pág. 119

2.5. Contratos de garantía

Los contratos de garantía, depende de los derechos reales que pertenecen a las partes contratantes, pues es necesario que exista un poder inmediato y directo sobre alguna cosa, a la persona que la tenga en su posesión como derecho real, para poder ejercer su derecho frente a terceros, en ese sentido, la principal característica en los contratos de garantía, es que pueda existir la seguridad en el cumplimiento de una obligación, en la celebración de aquellos contratos que lo requieran. Por lo general, la clasificación de las garantías en Guatemala, se refiera a: garantías hipotecarias, prendarias y fianzas, pero en la presente tesis, se materializa el enfoque hacia las garantías hipotecarias y prendarias, que se utilizan por lo general en las Instituciones Bancarias, de modo que exista la seguridad en el cumplimiento de las obligaciones que nacen de dichos contratos.

Ossorio define al derecho real de garantía como: “El que tiende a asegurar el cumplimiento de una obligación establecida trabas para enajenar la cosa que ha de responder eventualmente ante el titular del crédito o derecho.”⁴²

En Guatemala la manera de obrar de los contratos de garantía, generalmente, son utilizados para que un deudor pueda asegurar el pago de la suma de dinero que se le ha prestado al acreedor, pues es importante que exista un bien o persona (en el caso de garantía fiduciaria) que garantice el cumplimiento de la obligación del deudor, de modo que al estar totalmente cancelada la deuda y que se extingan las obligaciones a las que fue sujeto el deudor, éste pueda solicitar la liberación de la garantía propuesta y a falta de cumplimiento de dichas obligaciones, el acreedor pueda acudir a la vía judicial para solicitar los derechos sobre las cosas que se han dejado en garantía.

2.6. Definición

Podrían utilizarse los elementos de las garantías reales para establecer el concepto de un contrato de garantía, que podría encuadrarse así: es una declaración de

⁴² Derecho Real. Ossorio, Manuel. "Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales" Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta. 2007. 35ª edición. Pág. 311

voluntad, de carácter bilateral, en el cual intervienen bienes o personas (garantía fiduciaria) que están sujetas a condiciones, que van a garantizar el cumplimiento de las obligaciones de un deudor, en cuyo caso, el incumplimiento puede dar el derecho al acreedor puede reclamar de acuerdo procedimiento establecido por la ley, la propiedad de los bienes afectos a esta garantía, y en el segundo supuesto, de haber cumplido a cabalidad el deudor, sobre las obligaciones a las cuales fue sometido, accionar para pedir la liberación de los bienes de su propiedad, pues se ha cumplido con lo establecido en el contrato y esto le otorga el derecho personal.

Para Vásquez son: “Aquellos que tienen por objeto afectar una cosa o valor determinado al cumplimiento de una obligación constituyendo sobre él un derecho real que es accesorio de la obligación que aseguran, o bien, que obligan a una persona distinta del deudor a responder también con la obligación.”⁴³

Por tal motivo algunos doctrinarios lo consideran como un contrato accesorio, de modo que los bienes dejados en garantía son secundarios al momento de la obligación principal, mientras que la persona es el principal obligado en esta institución de derecho, se debe constituir un derecho real de garantía sobre el bien, para asegurar el cumplimiento de las cláusulas del negocio jurídico celebrado, en ese sentido se busca satisfacer que en el otorgamiento de un crédito, no exista insolvencia por parte del deudor, y éste se obligue a concluir con el monto adeudado.

2.7. Clases de garantía

En el código civil se establecen los derechos reales de garantía, de los cuales se derivan los contratos que pueden entablarse en este tipo, la hipoteca, la prenda y la fianza, que son contratos accesorios que van a dejar como garantía alguno de éstos, para que el deudor pueda establecer el cumplimiento de su obligación hacia el acreedor. De manera que se establecerán las generalidades del contrato de fianza, desarrollando después el contrato de hipoteca y prenda.

⁴³ Vásquez Martínez, Edmundo. “Derecho mercantil”. Vol. 53. Guatemala. Editorial Universitaria. 1966. Pág. 205-206

2.7.1. Contrato de fianza

El contrato de fianza tiene como función principal, garantizar de manera personal, las obligaciones que ya existen, de la relación de carácter obligatorio en el cumplimiento de un deudor principal, de manera que el fiador juega el mismo papel que el deudor y establece que cumplirá al acreedor sobre el incumplimiento que se pueda dar del deudor principal. En ese sentido el artículo 2100 del código civil establece: “Por el contrato de fianza una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra”; es por ello que se encuentra en la clasificación de los contratos de garantía, pues existe una relación entre un tercero, hacia al acreedor, quien es el garante de responder frente al acreedor, de aquellas obligaciones que no sean cumplidas a cabalidad por el deudor principal, siempre que haya quedado expresamente obligado a éstas, de manera que a través de la garantía se puede asegurar el desarrollo amplio de los negocios jurídicos, contribuyendo a la economía contractual.

Para Contreras: “El contrato de fianza es un acuerdo de voluntades por el cual una de las partes llamada fiador, se obliga ante otra, denominada acreedor, a cumplir la obligación de un deudor u obligado principal, si éste no lo hace en el plazo establecido”⁴⁴

Por lo que el fiador no está obligado al pago directo de la deuda, sino únicamente lo hará en caso de incumplimiento del deudor principal, siempre que haya dejado de pagar en el tiempo estipulado dentro del contrato. Este contrato ha sido utilizado a lo largo de los años, como el mecanismo más ágil para poderse acoplar en las instituciones de créditos, pues de esta manera se facilita su ejecución, y los acreedores han logrado que el cumplimiento de las obligaciones en el contrato por el deudor, sea una doble garantía con la existencia del fiador, pues la falta de cumplimiento del pago de la deuda, dará el derecho al acreedor, de accionar sobre el fiador, pues se considera que éste responde de aquellas obligaciones que

⁴⁴ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. “Obligaciones y negocios jurídicos civiles” (parte especial: contratos). Guatemala. Editorial Serviprensa, S.A. 2008. Pág. 507

expresamente acepto. Cabe destacar que el contrato se considera perfecto desde el momento en que las partes expresan su consentimiento.

Para Aguilár el contrato de fianza: “Consiste en una garantía de carácter personal tendente a asegurar la satisfacción del acreedor de un crédito, previniendo el riesgo de insolvencia, total o parcial del deudor, es decir, de que éste, no pueda cumplir la obligación que le incumbe.”⁴⁵ En ese orden de ideas los doctrinarios han coincidido con el punto medular del contrato de fianza, pues lo que busca es la seguridad para el acreedor, de que respondan en primer lugar el deudor y a falta de éste, el fiador sea la persona que responda sobre las obligaciones pactadas, pues proporciona los efectos de cumplimiento de cualquier manera hacia el acreedor, aunque es importante mencionar que es una garantía, que por no existir un bien de por medio, tendiente a asegurar el cumplimiento, pueda ser un riesgo para los acreedores, pues en caso de incumplimiento de ambas partes, no existe bien que pueda cubrir la deuda pactada.

En conclusión se puede establecer que el contrato de fianza es aquel por medio del cual intervienen deudor, fiador y acreedor, en una declaración de voluntades expresa, en el que existe una garantía accesoria (fiador) que va a garantizar el pago de las obligaciones a las cuales está sujeto el deudor, en caso de que exista incumplimiento de éste, en el periodo de tiempo estipulado en el contrato, de modo que el acreedor pueda estar seguro de percibir la suma de dinero pactada en el negocio.

2.8. La hipoteca

Como antecedente Contreras establece: “En alguna época se acostumbró en ciertos pueblos que para garantizar el pago de una deuda el deudor vendía un bien suyo al acreedor, con la promesa de que podía recuperar la propiedad del mismo cuando hubiere satisfecho la obligación.” Al establecer la comparación en la actualidad, estos

⁴⁵ Aguilár Guerra, Vladimir Osman. “Los contratos civiles en particular” Guatemala. Editorial Serviprensa, S.A. 2009. Pág. 241

antecedentes pierden el total sentido del contrato de hipoteca, pues si bien es cierto que garantiza el cumplimiento de una obligación dineraria, la utilización ha variado en parte, pues la propiedad no cambia de propietario, o de posesión, la misma ha de pertenecer al deudor, pero la única diferencia es la inscripción hipotecaria que genera en el historial que se encuentra en el Registro de la Propiedad, pues de esta manera, el acreedor puede hacer constar que efectivamente se celebró el contrato con todas sus solemnidades que la ley establece, y con ello, al existir incumplimiento del deudor, poder exigir la posesión del bien.

El avance de que han tenido los contratos en Guatemala, ha marcado los contratos de garantía o contratos accesorios, pues es evidente que en la antigüedad los bienes inmuebles eran considerados como únicas garantías para la obtención de una cantidad de dinero y en ocasiones para la misma adquisición de las tierras, al respecto Puig establece: “La publicidad registral en la antigüedad solo se reservaba para bienes muebles e inmuebles pero esto ha quedado atrás con la aparición de la nueva clasificación de los bienes que se refiere a si son registrables o no registrables, estos debido al extraordinario valor económico de algunos bienes muebles por lo que han adquirido gran importancia paralelamente con los bienes inmuebles y se ha sentido la necesidad de afectarlos al crédito.”⁴⁶ La seguridad que las personas adquieren sobre sus bienes, surge a través de la inscripción en los registros, pues con ello se aplica una seguridad jurídica, que pueden garantizar la nuda propiedad del patrimonio de las personas.

2.8.1. Concepto

Los doctrinarios han establecido diferentes definiciones sobre la hipoteca, algunos que son desarrollados con diferentes aspectos para poder entender el verdadero sentido, para Sastre: “Se puede definir la hipoteca como derecho real de vinculación y realización de valor en función de garantía del cumplimiento de una obligación dineraria, de carácter accesorio e indivisible, de constitución registral, que recae

⁴⁶ Puig Peña, Federico. “Compendio de Derecho Civil Español, Tomo II Derechos Reales” Pamplona, España. Editorial Aranzadi. 1974. 2ª Edición; Pág. 842

directamente sobre viene inmuebles, ajenos, enajenables y que permanecen en la posesión del propietario.”⁴⁷

De la definición se puede esgrimir que existe un vínculo que uno al acreedor con el bien inmueble propuesto como garantía, de modo que el pago de la cantidad de dinero que se le ha otorgado al deudor, sea en un 80% sobre el valor de la propiedad, pues en ese sentido, lo que el acreedor busca es la retribución de la cantidad prestada, mas no la adquisición de los bienes que son utilizados por el deudor para garantizar el pago de la deuda, es accesorio, pues la principal obligación es pagar al acreedor la deuda, es indivisible porque no puede dividirse la propiedad gravada, a esto se le debe agregar la inscripción registral, pues de modo que es un bien inmueble registrador el que se está dejando en garantía, la seguridad en el cumplimiento del contrato, deberá registrarse para que surta obligaciones futuras, pues de ello se deriva la existencia del contrato, que a falta de cumplimiento del mismo, el acreedor tiene el derecho a exigir la posesión del mismo, siguiendo el procedimiento establecido en la legislación guatemalteca.

El código civil regula en el artículo 822: “La hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación.” Es importante mencionar que la obligación a que se refiere la normativa, es garantizar el pago de la deuda que contrae un deudor sobre el acreedor.

Valiente dice: “La hipoteca es derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor.”⁴⁸ Quien ha complementado el concepto, que la garantía hipotecaria va a investir de seguridad al acreedor, sobre el cumplimiento de la obligación a que esta afecta el deudor, con la que va a obtener la cantidad de dinero que ha prestado siempre que exista incumplimiento en el contrato realizado.

⁴⁷ Roca Sastre, Ramón M. “Derecho Hipotecario”. Barcelona. Bosch casa editorial; 1954. 5ta edición. Tomo IV Hipotecas; Pág. 7

⁴⁸ Valiente Noailles, Luis M. “Derechos Reales” Buenos Aires, Argentina. Roque de Palma Editor; 1958. Pág. 444

En conclusión, el contrato de hipoteca es una declaración de voluntades, en la cual interviene una persona denominada deudor hipotecario, quien tiene la facultad de gravar de manera expresa uno o varios bien inmueble registrado, sin perder la propiedad sobre los mismos, a favor de otra parte llamada acreedor hipotecario, a cambio de un préstamo de una suma de dinero pactada dentro del contrato, y que tiende a garantizar el cumplimiento de la obligación de pagar por parte del deudor, otorgándole la seguridad necesaria al acreedor, de obtener el dinero, en caso de incumplimiento de la otra parte.

2.8.2. Naturaleza jurídica

Para determinar la naturaleza jurídica del contrato de hipoteca, se debe establecer que, por ser un derecho real de garantía se crea una relación entre persona y un bien, pues el bien es accesorio al contrato, puesto que debe existir un contrato entre acreedor y deudor para que el primero pueda asegurar el cumplimiento de su obligación a través de la garantía, aunque muchas veces se da que la garantía consista en un derecho de propiedad sobre un bien del deudor o de tercera persona, en ese sentido otorga un gravamen sobre los bienes de su propiedad, pero no otorga el uso y el goce del bien, pues esto se encuadra en otra institución de derecho civil.

Consuegra establece lo siguiente: “Surgen a la vida jurídica en razón de otro derecho, cuyo cumplimiento garantiza. Se llaman así, estos derechos porque van encaminados a asegurar o garantizar un crédito y tienen una condición jurídica, como es la de ser derechos accesorios, que se constituyen siempre en relación de dependencia de una obligación principal.”⁴⁹ En este sentido, hay que entender que la única función que tienen los derechos reales de garantía, que se van a incluir en los contratos de garantía, en Guatemala pretenden únicamente asegurar el cumplimiento de la obligación que ha contraído el deudor, pues de esta manera, el acreedor puede exigir el pago de la deuda pactada, en el tiempo estipulado, pues está de por medio la posesión del bien garante, de no cumplir a cabalidad con todo lo estipulado en el

⁴⁹ Matta Consuegra, Daniel. “Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala”. Guatemala. Ediciones Mayté. 2005. Pág. 511

contrato, el deudor puede perder la posesión del bien o bienes que ha gravado a favor del acreedor, recordando que éste último no disfruta de los bienes.

En ese orden de ideas, se concluye en que en el contrato de hipoteca, su naturaleza jurídica, está constituida por un derecho real de garantía, que tiene como principal particularidad el ser accesorio, pues no depende de sí mismo, de manera que debe existir previamente un contrato entre deudor y acreedor, entendiéndose que su finalidad es garantizar el cumplimiento de la obligación contraída. Puesto que se comprende que es un derecho de persecución, que le pertenece al acreedor, pues en caso de incumplimiento en el contrato por la parte deudora, el accionar frente al mismo le corresponde al acreedor hipotecario, con el propósito de obtener la suma de dinero prestada, a través de la subasta judicial y con ello garantizar la satisfacción de la esencia del contrato.

2.8.3. Elementos

a) Personal:

Constituido por el deudor hipotecario, quien también es llamado en la doctrina garante hipotecario, la cual tiene la facultad de gravar uno o más bienes de su propiedad, que van a garantizar el cumplimiento de la obligación adquirida, que en ocasiones puede ser de carácter personal o instituido por una tercera persona, de modo que el deudor sea una persona y el propietario del bien inmueble otra que va a gravar voluntariamente sus bienes, sin contraer las obligaciones que el deudor adquiera. Lo que puede generar la figura de un hipotecante no deudor. A esto se le debe sumar ser una persona civilmente capaz, aduciendo que a falta de este requisito, lo hará su representante legal en nombre de éste. Y en aquellos casos de menores de edad, a través de la autorización judicial que la ley establece para el efecto.

El acreedor hipotecario que es la persona a favor de la que se constituye la garantía hipotecaria, quien le otorga la cantidad en dinero pactada en el contrato al deudor, que deberá reunir las mismas características del deudor hipotecario. En este sentido,

también se establece que es la persona que tiene el derecho de accionar sobre la posesión del bien dado en garantía, en caso de incumplimiento de la otra parte.

b) Real

Este elemento es importante resaltarlo, pues va lo va a conformar el bien o bienes objeto de garantía, al respecto Contreras establece: “El objeto del contrato de hipoteca es la constitución de un gravamen o derecho real de garantía sobre uno o varios bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos, propiedad del deudor o del tercero garante.”⁵⁰ Por lo que la constitución del gravamen, sobre el bien dado en garantía, va encaminado a condicionar la posesión futura sobre éste, pues de manera que al existir incumplimiento del deudor, el acreedor podría accionar judicialmente para poder hacerse de la propiedad. En tal caso los bienes están sujetos a las condiciones que establece el código civil, para poder ser efectivamente garantías, pues existen limitaciones que no permiten a ciertos bienes hipotecarse. Regulado en el artículo 838 que preceptúa: “No podrán hipotecarse: 1. El inmueble destinado a patrimonio de familia. 2. Los bienes adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el causante haya puesto dicha condición, pero ésta no podrá exceder del término de cinco años. Para los menores de edad, dicho término se cuenta desde que cumplan la mayoría de edad.” De manera que el gravamen que pretenda establecerse sobre dichos bienes, no procederá, incluso si se realiza un contrato de hipoteca con un bien de esta naturaleza, al intentar registrar el gravamen en el Registro de la Propiedad, la inscripción no procederá, pues se considera que sobre estos bienes no puede instituirse la hipoteca.

Al inmueble considerado como elemento real, también se le debe agregar la cantidad de dinero por la cual se ha pactado el contrato, pues éste también forma parte de dicho elemento, en tanto que se tiene por entregado, que va a consistir en el surgimiento de la obligación principal.

⁵⁰ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. Op. cit., Pág. 541

c) Formal

Este elemento determina la forma en la cual se deben de basar el notario que autorice el contrato, pues deberá de seguir los requisitos establecidos en la ley para poder ser válido, entre ellos se establece que es solemne, pues debe autorizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Contreras establece sobre este elemento que: “La inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad asegura la eficacia de los derechos del acreedor hipotecario y los hace oponibles a terceros”⁵¹ Se debe tener en cuenta que las inscripciones hipotecarias, conforme a la ley, ocupan un lugar determinado, por tal motivo, la seguridad de este gravamen va a depender de ello, pues si en caso ya existiera una hipoteca en primer lugar, a favor de determinada persona, un segundo acreedor tendrá el derecho al segundo lugar, por lo tanto, la prioridad en cuanto a quien es el que debe accionar en caso de incumplimiento del deudor a ambos acreedores, le pertenecerá siempre al primero, primero en tiempo, primero en derecho, esto hace que la seguridad del cumplimiento de la obligación en el contrato de hipoteca, dependa de esta cualidad.

2.8.4. Características

Este tipo de contrato posee características que van encaminadas al funcionamiento de su objetivo, los doctrinarios que han desarrollado este tema, coinciden en todos sus aspectos:

a) Consensual:

Al igual que todos los contratos en general, el consentimiento de las partes es un requisito indispensable para que pueda llevarse a cabo el contrato, de lo contrario existirían vicios del consentimiento, pues se entiende que es la expresión o exteriorización de lo que requieren las partes. En ese sentido se entiende no es necesaria la entrega de la cosa.

⁵¹ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. Op. cit., Pág. 555

b) Unilateral:

Es unilateral porque las obligaciones que surgen del contrato de hipoteca, pertenecen únicamente al deudor hipotecario, pues aunque exista un tercero garante, la obligación de pagar la deuda es propia, en ese sentido, se establece que el acreedor tiene el derecho de exigir el cumplimiento del contrato, o en su defecto, la falta de cumplimiento de la el derecho de poder accionar judicialmente, para que a través de la subasta judicial se pueda cubrir el monto de lo adeudado.

c) Accesorio:

Se consideran accesorios aquellos contratos que no nacen por sí solos, sino que dependen de un contrato específico para poder tener vida jurídica, por lo tanto, al hablar de la hipoteca, es necesario que exista la obligación entre deudor y acreedor, pues el derecho real lo único que establece es garantizar el cumplimiento de la obligación que ya existe, en este caso, existe una deuda que deberá pagar el deudor, pero la seguridad de que efectivamente esto ocurrirá, la obtiene el acreedor en el momento de la constitución de la garantía hipotecaria, por eso se dice que la hipoteca no tiene forma autónoma. En esto es importante resaltar lo que establecen Planiol y Ripert: "La invalidez de la constitución de la hipoteca no implica invalidez del crédito; pero la invalidez de éste si implica extinción de la hipoteca."⁵² Concluyendo que cualquier tipo de problema en el cual no exista la entrega del dinero, por parte del acreedor, dará lugar a que se pueda solicitar la extinción de la hipoteca, ocurre también en el caso de que el deudor haya pagado la deuda.

c) Oneroso:

Acá hay que mencionar que en este contrato, existe el pacto de los intereses que se van a generar, que dependiendo las condiciones pueden hasta finalizar en el momento del pago total de la deuda, esto se considera como el provecho. Esto le da el carácter de oneroso, pues se entiende que se generan honorarios para el acreedor.

⁵² Planiol, Marcel y Georges Ripert. "Derecho Civil, Parte C, Volumen 3" México D.F. Editorial Harla 1997; 3era Edición. Tomo 5. Pág. 1174

d) De tracto sucesivo:

La hipoteca no puede finalizar en el mismo momento, pues ésta va a durar el tiempo sobre el cual se pactó la deuda, es decir si la deuda se pactó para 10 años, este tiempo durará la hipoteca, y aun es constara la inscripción hipotecaria luego de cancelada la deuda, pues el deudor es el responsable de solicitar la cancelación de dicho gravamen, en ese sentido, se afirma que el contrato de hipoteca, atendiendo a su naturaleza es de tracto sucesivo. Aunque se puede solicitar la prescripción como lo establece el artículo 856 del código civil.

e) Indivisible:

La hipoteca es indivisible, pues si bien puede existir división sobre el crédito, los bienes que se han dejado como garantía en una misma deuda sea uno o varios, éstos van a garantizar la misma obligación, de manera que conservara su integridad jurídica. Contreras citando a Petit establece que: “La indivisibilidad de la hipoteca se funda en la voluntad presunta de las partes. Significa que la hipoteca subsiste toda entera sobre el bien gravado, aun cuando una parte de la deuda hubiere sido pagada, mientras se siga debiendo algo al acreedor.”⁵³ Por lo que se puede comprobar que, los bienes dados en garantía garantizan la obligación desde el inicio hasta el pago total de la deuda, con lo que mientras no se pague la deuda, no se puede liberar la propiedad del gravamen, a menos que exista un convenio entre acreedor y deudor, que al existir varios bienes dados en garantía y al ir cancelando parcialmente la deuda, se pueda establecer una liberación parcial de igual manera. Agregando lo que establece el código civil en el artículo 825.

f) Formal:

Se considera que es formal, pues la ley establece que deberá ser solemne, es decir, en escritura pública y se debe inscribir en el Registro de la Propiedad. Debiendo existir aceptación por ambas partes de forma expresa.

⁵³ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. Op. cit., Pág. 559

2.8.5. Extinción

Al hablar de extinción se está hablando de la terminación de la hipoteca, el momento en el cual, el o los inmuebles sobre los cuales se ha fijado la hipoteca, dejan de garantizar la obligación que ha contraído el deudor, por lo que puede suceder por causas específicas que establece el código civil:

a) El pago total de la deuda, dará lugar al cumplimiento de la obligación contraída por el deudor, de modo que es obligación del acreedor otorgar la escritura de liberación de hipoteca, en donde hará constar la cancelación del crédito y de igual manera, solicitar la cancelación en el Registro de la Propiedad.

b) El artículo 856 establece la prescripción de la hipoteca: “La obligación garantizada con hipoteca prescribirá a los diez años contados desde el vencimiento de la obligación o de la fecha en que se tuviere como vencido en virtud de lo estipulado.” Pues es importante resaltar que dicho termino empezara a partir del vencimiento del crédito, en ese sentido, si el contrato se realizó en el año 1996 y se pactó por 10 años, el vencimiento seria en el 2006, es en este último en el que empieza a transcurrir los 10 años que establece la ley, pues en el año 2016 podría solicitarse la cancelación del gravamen por prescripción.

c) Cuando existe confusión en dicho contrato, puede solicitarse la cancelación de la hipoteca, esto hace referencia a que se reúnan las calidades de deudor y acreedor en la misma. Esto lo regula el artículo 1495 del código civil.

d) El código civil regula en el artículo 1489: “La remisión de la deuda hecha por el acreedor y aceptada por el deudor, extingue la obligación.” De esto podemos deducir que cuando el deudor remite la deuda de manera voluntaria la deuda al acreedor y éste la recibe, se está en presencia de la figura de condonación.

e) Cuando el deudor y el acreedor convienen en sustituir la garantía propuesta, esta figura la regula el código civil en el artículo 1478, pues se cree que siempre que haya novación en el contrato de hipoteca, la nueva garantía reemplaza la existente

2.9. La prenda

La prenda al igual que la hipoteca es un derecho real que garantiza la obligación contraída entre deudor y acreedor, este contrato tiene similitud con la hipoteca, pero existen algunas diferencias que se deben resaltar, pues tanto el contrato de fianza, la hipoteca y la prenda, pertenecen a la clasificación de los contratos de garantía o accesorios, pues su existencia depende de una obligación contraída en una persona llamada deudor y otra llamada acreedor. Los antecedentes se remontan a la época romana pues allí es en donde cobra auge la contratación con garantías, en este sentido Contreras citando a Ossorio y Florit estableciendo que: “Como contrato civil, la prenda en el Derecho Romano consistía en el hecho de que el acreedor recibía del deudor o de un tercero una cosa mueble o inmueble en garantía del crédito, devolviéndose el objeto prendado al deudor tan pronto la deuda era pagada. De ese modo el acreedor únicamente adquiriría la posesión de la cosa, manteniéndose la propiedad en el deudor.”⁵⁴ Como era de esperarse, en la antigüedad la forma de operar de los contratos de garantía era distinta, pues el acreedor adquiriría la posesión del bien, en este caso, adquiriría la prenda, por lo que no pasaba a ser de su propiedad, lo que daba lugar únicamente al goce de la misma, con la condición de poder devolverla al momento de la cancelación de la deuda. Dotando con ello al acreedor la facultad de poder vender la prenda para recuperar la cantidad que se le había otorgado al deudor, figura que desapareció con el pasar de los años, pues se consideraba ya que existiera un procedimiento legal para poder realizar dicha acción. El avance que alcanzó la figura de la prenda, marca la historia de los contratos accesorios, pues es de recordar que en el derecho romano los contratos celebrados verbalmente eran considerados como solemnes, puesto que a través de las diferentes garantías que podían existir, la posesión de los bienes era adquirida por los acreedores. En ese orden de ideas, el acreedor debía sustituir la prenda que se le había otorgado al ser pagada totalmente la deuda. Actualmente la prenda ya es considerada como un contrato de mucha trascendencia, pues la economía ha evolucionado, y por ende, los contratos de esta naturaleza deben de ir paralelos, por

⁵⁴ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. Op. cit., Pág. 581

tal motivo, se puede observar que existen casas de empeño, quienes reciben muebles de diversa naturaleza, para garantizar el pago de la deuda adquirida.

2.9.1. Concepto

Noailles define la prenda de la siguiente manera: “Es una garantía real destinada a facilitar el préstamo, mediante la afectación a favor del prestamista, de una cosa perteneciente al deudor en seguridad de su crédito”⁵⁵ Esta definición trae a colación que en la actualidad la facilidad de adquirir un crédito, puede regularse en el otorgamiento de una prenda hacia el acreedor, de modo que éste pueda asegurar el pago del dinero que ha prestado, pues de no ser así, tiene la garantía para convalidar y poder exigir el pago de lo adeudado.

Existen muchas definiciones de autores, que contienen similitudes y algunos otros le agregan elementos para especificar su contenido, para Aguilar: “La prenda es un derecho real de garantía que recae sobre bienes muebles y exige el desplazamiento de la posesión, facultando al acreedor para proceder a la enajenación del bien pignorado, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, y cobrase el crédito con su importe.”⁵⁶ Esta definición contiene elementos que vale la pena desglosar, se establece que es un derecho real de garantía pues, pues tiene como finalidad garantizar una obligación, es importante mencionar que la posesión del bien, queda a cargo del acreedor, siempre y cuando así lo establezca el contrato, de lo contrario hay bienes como los vehículos, que son utilizados por el deudor, y ello da la pauta de que la posesión aún está a favor del deudor, pero el acreedor tiene la facultad de poder exigir el cumplimiento de la deuda, aduciendo que en caso de incumplimiento se pueda seguir el procedimiento establecido por la ley y con ello lograr la posesión del mueble, de modo que pueda ser subastado y con ello pueda recuperar la cantidad de dinero establecida. Al respecto el artículo 885 del código civil establece: “Los bienes pignorados, al constituirse la garantía, deberán ser depositados en el acreedor o en un tercero designado por las partes, o bien en el

⁵⁵ Valiente Noailles, Luis M., “Derechos Reales”. Roque Depalma Editor. 1958. Pág. 42

⁵⁶ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. “Derechos reales”. Guatemala. Editorial Litografía Orión. 2007. Pág. 473

propio deudor si el acreedor consiente en ello. Con ello se puede afirmar lo anteriormente expuesto, pues dentro del contrato se debe establecer quien será la persona que posea el bien, luego de ser gravado.

El código civil establece el concepto general de prenda en el artículo 880 “La prenda es un derecho real que grava bienes muebles para garantizar el cumplimiento de una obligación.” De esta forma se entiende que el fin que persigue la prenda, es garantizar la obligación previa existente, considerado como un contrato accesorio, pues únicamente va a tener vida jurídica si existe la obligación ya pactada.

En conclusión se puede establecer que la prenda es un contrato de garantía real, en el que por voluntariamente las partes, una llamada deudor prendario :tiene la facultad de gravar uno o varios bienes muebles de su propiedad, o propiedad de un tercero, a favor de la otra parte llamada acreedor prendario, que tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de una obligación dineraria y crediticia, de manera que la garantía puede ser exigida por el acreedor, siempre que con posterioridad al contrato exista incumplimiento del deudor, ya sea de una parte o de la totalidad del crédito otorgado, siguiendo el procedimiento que la ley establece para el efecto.

2.9.2. Naturaleza jurídica

Contreras indica que: “La prenda es un derecho real que grava uno o varios bienes muebles propiedad del deudor o del tercero garante. En caso de incumplimiento de la obligación principal, puede ser ejecutada aunque los bienes hubieren dejado de ser propiedad de quienes los pignoraron, pues persigue al bien con independencia de quien sea su titular. Su finalidad es estrictamente de garantía de cumplimiento de obligaciones y deudas”⁵⁷ De tal forma que la naturaleza jurídica del contrato de prenda es garantizar el pago de aquellas obligaciones a las cuales queda sujeto el deudor, pues de ello se puede establecer que, los contratos al ser redactados, contienen la cláusula de incumplimiento, que van a dar el derecho de accionar al acreedor para poder adquirir el bien mueble dado en garantía, y de esta forma, poder

⁵⁷ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. Op. cit., Pág. 590

llegar al procedimiento legal y en el momento procesal oportuno, mediante la subasta judicial, poder recupera la suma de dinero a que tiene derecho el acreedor, pues si bien es cierto, que el pago de la deuda debe ser total, aquí no existe un pago parcial y una liberación parcial, cuando se trata de una sola prenda. Entonces concluyendo, se dice que tiene naturaleza garante de obligaciones que nacen entre acreedor y deudor.

2.9.3. Elementos

Al igual que en el contrato de hipoteca, los elementos que existen son:

a) Personal

Este elemento es conformado el deudor prendario, a quien la doctrina también llama garante prendario o pignoraticio, que es la persona que grava bienes muebles de su propiedad a favor del acreedor, hay que establecer que esta figura va a tener esta denominación, siempre que la propiedad de los bienes dados en garantía recaiga sobre éste, a esto hay que añadir que es la persona que está obligada al cumplimiento de la obligación crediticia, pues la relación que se establece primordialmente es entre deudor y acreedor, siendo accesoria la garantía prendaria. Los requisitos del deudor es que sea persona capaz, porque en el caso de los menores de edad, deberá seguirse el procedimiento establecido para la autorización judicial correspondiente. En este apartado se puede establecer que en ocasiones el garante es una tercera persona, quien no está obligada directamente con el acreedor, pero dicho contrato es celebrado entre ambos, sin existir integración alguna del deudor, pues su función se limita únicamente a constituir la garantía prendaria expresamente, esta figura la doctrina la denomina tercero garante.

El acreedor es la persona a favor de quien se constituye la prenda, deberá tener las mismas cualidades que el deudor, pues debe ser una persona capaz, porque la aceptación de la misma deberá realizarse de manera expresa. Esta figura puede recaer en varias personas a la vez, pues un bien mueble puede ser dado en prenda las veces que sea aceptado, siempre que el nuevo acreedor tenga conocimiento de los anteriores, y en caso de incumplimiento se observara la prioridad, es decir, que el

orden en el cual fue establecida la prenda. Debe agregarse que es la persona que entrega la cantidad de dinero pactada en el contrato a favor del deudor.

La ley establece que puede existir la figura de un depositario, quien nacerá a partir de que las partes lo hayan estipulado en el contrato, pues puede ser un tercero, quien se compromete a garantizar la fiabilidad y el buen estado del bien dado en garantía.

b) Real

El elemento real Aguilar lo define como: “El objeto de la prenda ha de ser un bien mueble, que esté en el comercio y sea susceptible de posesión.”⁵⁸ Es de entender, que todos los bienes muebles, sea cual fuere su naturaleza, siempre que estén en el comercio y puedan poseerlo las personas, se toman como garantías, pues su efecto es garantizar el cumplimiento de una obligación a través de la gravamen que afecta la propiedad del deudor o garante.

Al elemento real se le debe añadir la cantidad de dinero pactada en el contrato, pues el acreedor tiene la obligación de entregar la suma sobre la cual se ha estimado el bien mueble, que deduciendo de ello, va a ser conformado por el contrato establecido entre acreedor y deudor.

c) Formal

Las formalidades que la ley establece para el contrato de prenda, el código civil regula en el artículo 884: “La prenda debe constar en escritura pública o documento privado, haciéndose constar la especie y naturaleza de los bienes dados en prenda, su calidad, peso, medida, cuando fueren necesarios, y demás datos indispensables para su identificación; nombre del depositario y especificación de los seguros que estuvieren vigentes sobre los bienes pignorados. La aceptación del acreedor y del depositario deberá ser expresa.” Lo cual queda más que claro, podría hablarse de

⁵⁸ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. “Derechos reales”. Guatemala. Editorial Litografía Orión. 2007. Pág. 476

celebrar el contrato en una escritura pública, cuando se trate de una prenda sin desplazamiento, aunque puede darse el caso de gravar una prenda con desplazamiento en el caso de un vehículo. Cabe mencionar que deberá con los requisitos esenciales que establece la ley para este tipo de contrato.

2.9.4. Características

Al igual que el contrato de hipoteca, la prenda tiene requisitos que son esenciales para su validez.

a) Consensual:

Se necesita el solo consentimiento de las partes, que no adolezca de vicios, para poder determinar que el contrato puede tener validez, pues las partes son quienes deben establecer las condiciones sobre las cuales va a versar la forma del mismo, pues la ley establece los requisitos sobre los cuales el notario autorizante debe basar su función, en ese sentido no se necesita la entrega de las cosas, salvo que se haya estipulado en el contrato, pero esto ya pasaría a ser una obligación del deudor o garante, mas no formaría parte del consentimiento.

b) Accesorio:

La prenda no puede existir por sí sola, pues para que pueda existir el gravamen de un bien mueble, es necesario que exista una obligación que cumplir, en este caso, el contrato de deuda entre el acreedor y el deudor prendario, dará lugar a gravar el o los bienes, que van a garantizar la obligación de pagar la cantidad de dinero pactada.

c) Bilateral:

Existe una característica de bilateralidad, cuando en el contrato se establece que la cosa debe ser entregada, por ejemplo aquellos bienes muebles que por su naturaleza, se especifica que el deudor queda obligado a entregarlas al acreedor, pues la relación que surge es bilateral, el deudor entrega la cosa, pero el acreedor también esta obligado a entregarla cuando se cancele la totalidad de la deuda. Contreras dice: "Si la prenda fuere sin desplazamiento, el contrato seria unilateral; el

único obligado sería el deudor a cuyo cargo queda el cuidado de la cosa”⁵⁹ En este otro apartado, el contrato deja de ser bilateral, pues se cree que existe una sola obligación, que está a cargo del deudor, consistente en pagar la deuda y cuidar el bien mueble para que al momento de existir incumplimiento de su parte, pueda el deudor utilizar la acción judicial respectiva y cubrir la deuda.

d) Oneroso:

En este contrato existe un pacto de intereses, que darán lugar a obtener ganancias para el acreedor, cuando estos fueren pactados en el contrato, en el caso del deudor, recibir el dinero en especie es el provecho, sobre el cual se va a establecer que existe una onerosidad en el contrato, pues lo que busca es obtener el dinero de una manera lícita, rápida y efectiva. Con esto se puede concluir que existe una reciprocidad en cuanto a la onerosidad del contrato, por lo anteriormente explicado.

e) De tracto sucesivo:

Al igual que la hipoteca, el gravamen sobre la prenda, tiende a durar el tiempo por el cual se ha pactado la deuda, es decir, que al momento de cancelar la deuda, se puede solicitar su liberación, pues es el momento en el que cumple su objetivo, pero debido al gravamen establecido, la prenda no se consume en el mismo momento del otorgamiento del contrato.

f) Formal:

Es un contrato que puede ser solemne en bienes muebles registrables, pues deberá realizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad, en el caso de bienes que no sean registrables, el contrato se puede celebrar en un documento privado.

2.9.5. Extinción

El contrato de prenda se extingue dependiendo siempre de la primera obligación contraída, en ese sentido se simplifica lo ya establecido en el contrato de hipoteca, pues existe similitud entre estos dos contratos:

⁵⁹ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. Op cit., Pág. 589

a) El pago total de la deuda, dará lugar al deudor, de exigir al acreedor que pueda otorgar los documentos en donde se establezca dicha deuda cancelada, a exigir la devolución de los bienes dados en garantía y a cancelar las inscripciones en el Registro de la Propiedad en el caso de los bienes muebles registrables.

b) El remate que se establece dentro del procedimiento ejecutivo, que ha sido utilizado por el acreedor, para lograr con ello la subasta pública del bien y con ello obtener la cantidad prestada, de esta forma puede extinguirse la prenda sobre el bien dado en garantía.

c) Aduciendo lo que establece el artículo 1170 del código civil en el inciso 2: “Las inscripciones de derechos sobre bienes muebles identificables, cuando hubieren pasado tres años desde el vencimiento del plazo o de la prórroga inscritos.” La prescripción para esta clase de contrato opera a partir del vencimiento, transcurridos tres años, puede solicitarse la cancelación del gravamen inscrito sobre la misma.

d) En este contrato también opera la confusión, pues al reunirse la calidad de deudor y acreedor en la misma persona, se podrá solicitar en el caso de bienes muebles registrables, la cancelación de la prenda inscrita.

2.10. Diferencia entre hipoteca y prenda

La concepción sobre la cual versa la naturaleza de estos dos contratos, está dirigida principalmente, a garantizar una obligación que ya existe, entre dos personas que han celebrado un contrato anterior, pero por el elemento material, existen diferencias entre ambos.

En primer plano el bien que garantiza la obligación, en la hipoteca, el bien que esta propuesto para garantizar la obligación del deudor es un bien inmueble, a diferencia del contrato de prenda que lo garantizan lo bienes muebles, y muebles que pueden ser registrables, a esto se le debe sumar que en el contrato de hipoteca, la posesión del bien inmueble no pasa al acreedor, mientras que en el contrato de prenda, queda

implícita la desposesión o desplazamiento posesorio, que va a dar el derecho al acreedor de poder subastar el bien mueble para obtener la cantidad prestada.

Para Aguilar existe una diferencia según la ley⁶⁰

Categoría de distinción	Prenda	Hipoteca
Sobre el bien que recae	Inmueble	Mueble
Forma de constitución	Documento privado o escritura publica	Escritura publica
Saldo	Hay saldo insoluto	No hay saldo insoluto
En cuanto al desplazamiento posesorio	Hay desplazamiento	No hay desplazamiento
Respecto al depositario	Si hay depositario	No hay depositario
Perdida o destrucción del bien dado en garantía	Pagado por el depositario	No se configura porque recae sobre un inmueble

En ese orden de ideas, este tipo de contratos tienen similitudes esenciales, que no pueden ser apartadas, pues su esencia no permite que alguno de ellos no se encuentre dentro del contrato, por este motivo las diferencias que presenta son muy pocas, pues ambos contratos tienen como finalidad garantizar una obligación de carácter dinerario, es decir que su principal peculiaridad es la de ser un derecho real de garantía.

⁶⁰ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. "Derechos reales". Guatemala. Editorial Litografía Orión. 2007. Pág. 483

CAPITULO III

INSTITUCIONES BANCARIAS Y FINANCIERAS

En este capítulo se abarcan aspectos generales sobre las instituciones financieras y bancarias, pues el verdadero sentido de la investigación radica en la violación del principio de intermediación notarial en contratos de créditos hipotecarios y prendarios que se han autorizado en dichas instituciones, pero es importante establecer las generalidades sobre estas entidades, pues allí en donde ocurre el problema. Las actividades realizadas por entidades bancarias han tenido un desarrollo y crecimiento a lo largo de los años, que han marcado esta figura, el elemento más común en la esencia del ámbito financiero, ha sido el dinero, pero cabe destacar que el ganado, tabaco, recursos minerales, así como los cultivos, eran utilizados como moneda de cambio. Para traer a colación, la cultura maya en Guatemala, es considerada la primera en las transacciones, préstamos e intercambios, pues el trueque era utilizado para poder comercializar entre ellos, en la época de los españoles el maíz, el trigo, cacao y otras, eran utilizados en el comercio, pues existía como retribución a los trabajos realizados por los esclavos. Esto es importante mencionarlo, pues ello fue el inicio, a lo que posteriormente se perfeccionaría en el ámbito financiero. Las instituciones bancarias y financieras, son utilizadas en la actualidad para contribuir a la economía de un país, es necesario su regulación legal, pues se deben establecer las bases para su creación y su funcionamiento, esto va paralelo a que no debe existir ilicitud en su actividad, pues se reconocen delitos financieros en los cuales puede actuar una institución de esta naturaleza.

Para la población quetzalteca incluida en la trascendencia de la creación del Banco de Occidente en el departamento de Quetzaltenango en el año 1881, pues es un punto en donde floreció y se estableció la banca en Guatemala, debido a la contribución en la economía y en la emisión de la moneda nacional, que fue uno de los puntos de gran aporte que tuvo dicha institución.

En 1916 ante la reforma monetaria, se establece que el quetzal sería la unidad económica. Para establecer el surgimiento de la banca en Guatemala es importante señalar lo que Ramírez establece: “En 1926 se produjo la primera reforma monetaria y bancaria total, mediante la cual se creó el Banco Central de Guatemala, como único banco emisor, se emitió la Ley de Instituciones de Crédito –ley de bancos-, se estableció el patrón oro, mediante el cual un quetzal podía cambiarse por un dólar o su equivalente en oro puro –como el que está produciendo la Minería Marlin-“⁶¹ Es importante la relevancia que tiene la creación de la banca central en Guatemala, pues de acá se desprende la evolución en este tipo de instituciones, es aquí el punto de partida, para que Guatemala extendiera su economía hacia aquellas instituciones que ayudarían trascendentalmente en el ámbito económico. La creación del Banco de Guatemala en el año de 1946, fue otro aspecto relevante para el sistema financiero, pues se crea como entidad que regula las demás instituciones bancarias creadas. La historia ha enmarcado y contribuido a lo que en la actualidad han llegado a lograr las sociedades especiales, pues su principal función ha ido encaminada a evolucionar y adecuar sus actividades en el derecho, pues su estructura permite que su actuar esté apegado a las normas guatemaltecas.

La incorporación de nuevos avances financieros, ha requerido establecer nuevas reformas que doten al sistema bancario sobre una plataforma jurídica, en donde se pueda establecer la seriedad y la actividad efectiva dentro del territorio guatemalteco, con lo que se ha logrado llegar al desarrollo que actualmente cuenta el sistema financiero y bancario. Las reformas que se han establecido en este ámbito del derecho, han contribuido, a apegar el papel jurídico que desempeñan las instituciones de este tipo, pues si bien es cierto que el derecho está en constante cambio, todas las ramas que pertenecen al mismo, deben ajustar su deber y su esencia para no quedarse atrás, en el caso del derecho Bancario y Financiero, no es la excepción, debido al alcance que actualmente ha logrado para desarrollarse como tal. En ese sentido, hay abarcar aspectos generales de esta rama del derecho no está demás.

⁶¹ Ramírez, Daniel. “Derecho bancario y bursátil”. Guatemala. Editorial Zona Gráfica. Pág. 12

Valdés considera que: “Existe acuerdo generalizado en definir el derecho financiero como el conjunto de normas que regulan los ingresos monetarios del Estado, su administración y empleo o, en forma más sintética aún, que regula la actividad financiera.”⁶² Este derecho es considerado, como el regulador de la actividad financiera en la organización de un país, pues se basa en establecer los procedimientos que debe seguir el Estado para poder manejar los recursos financieros, de modo que, la recaudación y la asignación en el presupuesto económico hacia los órganos que conforman el Estado, pueda estar apegado a la ley y normativas establecidas, con ello se puede deducir que, el cumplimiento de dichos preceptos, dará lugar a la transparencia en los mismos y con la finalidad de normar aquellas relaciones financieras que surjan entre el Estado, sus órganos en particular y aun de los particulares hacia el Estado.

Mientras que el derecho bancario Arturo Martínez lo define como “El conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de las instituciones bancarias y usuarios, y de éstas con el banco central y la supervisión, para el fortalecimiento y estabilidad de las mismas, en beneficio de dichas instituciones y de la economía nacional”.⁶³ En esta rama del derecho, su objetivo primordial es la regulación de la actividad que realizan los bancos, como sociedades anónimas especiales, así como la relación que nace de los diferentes servicios que pueden encontrarse en esta institución, actividad que debe ser normada por la Súper Intendencia de Bancos, como encargada de establecer las bases y supervisar todo lo relacionado a los bancos nacionales, así como brindar la ayuda a los usuarios cuando lo requieran, en aquellas situaciones en las cuales no encuentren el apoyo necesario en algún banco en particular. Se debe añadir que todo va en relación al crecimiento de la economía dentro del territorio guatemalteco.

⁶² Valdés Costa, Ramón. “Curso de Derecho Tributario”. Colombia, Editorial Temis, 2001, Tercera Edición. Pág. 63

⁶³ Martínez Gálvez, Arturo. “Derecho Bancario y Financiero”. Tomo I, Guatemala, Centro Editorial VILE, 1988. Pág. 319.

3.1. Definición

Existen diferentes definiciones que autores han utilizado y que van encaminadas a lograr el estudio entendible del derecho financiero y bancario, es importante resaltar, que interesa para la presente investigación el estudio y el enfoque sobre las instituciones bancarias, pues es allí en donde se establece la violación al principio de intermediación notarial, de manera que en el presente rubro se tratara de diferenciar una institución financiera de una institución bancaria.

3.1.1. Institución financiera

Para establecer el concepto de institución financiera, es necesario definir el sistema financiero, por lo que Piloña establece que: “Lo conforma el conjunto de instituciones que generan, recogen, administran y dirigen tanto el ahorro como la inversión, dentro de una unidad política económica y cuyo establecimiento se rige por la legislación que regula las transacciones de activos financieros y por los mecanismos e instrumentos que permiten la transferencia de esos activos ente ahorrantes, inversionistas y/o usuarios de crédito.”⁶⁴

De la definición anterior se puede deducir, que la principal función de una institución financiera es regular todo lo concerniente al ahorro y a la inversión, entendiendo que es aplicable a contrarrestar los problemas que surgen de la administración pública, tomando en cuenta que la política económica a la que hace referencia, es considerada como la vertiente normativa que va a favorecer la economía de una nación, en consecuencia de la creación de aquellas normativas necesarias para establecer el contenido de la regulación legal, enfocado siempre al ámbito financiero de todo el sistema económico del país, para establecer los límites y alcances que pueden tener todos los mecanismos de transferencias y la correcta utilización de los instrumentos que son utilizados por los inversionistas y usuarios que requieren de los servicios de dichas entidades, para establecer la claridad en sus objetivos económicos.

⁶⁴ Piloña Ortiz, Gabriel Alfredo. “Recursos Económicos de Guatemala y Centroamérica”. Guatemala 7. Edición. USAC. 2005. Pág. 165.

Las instituciones financieras son definidas como: “Viene a ser una entidad que presta servicios financieros a sus clientes, es decir, una compañía que ofrece a sus clientes (familias, empresas, Estado) servicios relacionados con el dinero que posee o necesita. Por lo tanto, las instituciones financieras son meros intermediarios ya que se ubican entre las distintas partes intervinientes.”⁶⁵ El otorgamiento de créditos, es el medio que se ha utilizado para establecer el crecimiento de la inversión, de forma que pueda contribuir a fomentar una política económica más fuerte dentro de una nación, a esto se le debe agregar que puede someterse a mediano y largo plazo, según el índice de endeudamiento para no llegar al grado de ahogar a quien requiere el servicio de las instituciones financieras, por lo general, quienes más utilizan este tipo de operación son los gobiernos de Estado, pues a través de la financiación, pueden proporcionar los recursos necesarios para que cada órgano, establezca su funcionamiento y pueda cumplir con los objetivos para los cuales ha sido creado. Otra de las situaciones es la función de la institución financiera, pues se considera con un intermediario entre las partes, en aquellos contratos que puedan surgir como los fideicomisos de administración.

Una sociedad financiera tiene como objeto según Brunetti: “Es la inversión de sus capitales en acciones y obligaciones de distintas sociedades, operando, en cierto sentido y dentro de ciertos límites, en la cartera del ahorro y de la Banca, la sustitución de sus títulos por los de aquellas sociedades.”⁶⁶ En este sentido se establece que las sociedades financieras tienen a su cargo la administración de los recursos que poseen, otorgando créditos para aumentar su productividad, pues existen empresas que van a fomentar el crecimiento de la misma, que van a otorgar aquella seguridad y estabilidad al sistema financiero. Y su deber es fomentar la creación, la reorganización, fusión, transformación y expansión de las empresas que lo conforman, con el fin de lograr estabilidad y con ello contribuir a la economía nacional.

⁶⁵ Educación bancaria. “Las instituciones financieras” .s/p. 2012. Disponible en <https://educacionbancaria.wordpress.com/2012/10/26/52/> fecha de consulta 28-08-2016

⁶⁶ Brunetti, Antonio. “Sociedades mercantiles” Volumen 1. México. Editorial Jurídica Universitaria. 2001. Pág. 218

Para complementar Ramírez afirma que: “Las sociedades financieras, son instituciones bancarias que actúan como intermediarios financieros especializados en operaciones, de banca, de inversión, promuevan la creación de empresas productivas, mediante la captación y canalización de recursos internos y externos de mediano y largo plazo; los invierte en estas empresas (industriales, agrícolas o ganaderas), ya sea en forma directa adquiriendo acciones o participaciones, o en forma indirecta otorgándoles créditos para su organización, ampliación, modificación, transformación o fusión, siempre que promuevan al desarrollo y diversificación de la producción”⁶⁷

De lo anterior citado se puede concluir que la importancia de las entidades financieras en Guatemala, a raíz de la creación de las mismas, se deduce que la situación económica en diferentes áreas como la industrial, agrícola y ganadera, pueda alcanzar una mejor escala para contribuir al desarrollo del país, cabe destacar que el papel de intermediación de estas entidades, basa su actuar en la inversión en aquellas empresas que ya existen, además de contribuir a la creación de nuevas empresas que puedan ser utilizadas en la banca moderna, utilizando aquellos recursos que le pertenecen, así como los recursos que van adquiriendo a través de los inversionistas, pues éstos son considerados como fuente de sustento en las sociedades de inversión. La Junta Monetaria es la institución encargada de someter a las normativas a cualquier institución financiera que quiera establecerse en Guatemala, contribuyendo a la vigilancia la Superintendencia de Bancos, como la encargada de dar seguimiento a cada una de las operaciones que realcen, siendo estas nacionales o internacionales, siempre que se trate de una institución financiera nacional.

Dentro de la clasificación de las sociedades anónimas, se encuentran las sociedades anónimas especiales, de la cual se va a desprender la definición de banco:

⁶⁷ Ramírez, Daniel. Op. cit., Pág.s 36-37

3.1.2. Banco

La importancia que han tenido los bancos en el sistema financiero nacional, hace referencia a la facilidad en las transferencias financieras, pues es necesaria la creación de dichas entidades para garantizar la seguridad y eficiencia en cuanto a los recursos monetarios que se encuentra en ellas.

En cuanto a la definición legal, la ley de bancos y grupos financieros en su artículo 3 establece: “Los bancos autorizados conforme a esta Ley o leyes específicas podrán realizar intermediación financiera bancaria, consistente en la realización habitual, en forma pública o privada, de actividades que consistan en la captación de dinero, o cualquier instrumento representativo del mismo, del público, tales como la recepción de depósitos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, destinándolo al financiamiento de cualquier naturaleza, sin importar la forma jurídica que adopten dichas captaciones y financiamientos.” Pues en dicha normativa no se establece específicamente el concepto de banco, pero si existe la función que ejerce, en este sentido tiene como finalidad una institución de esta naturaleza, toda actividad encaminada a las transferencias bancarias, depósitos, prestamos, títulos de créditos, que tengan como objetivo aportar el capital suficiente para aquellas empresas que se encuentran en crecimiento, además de poder aportar índices económicos suficientes para lograr una estabilidad, a personas particulares, incluyendo los diferentes destinos para los cuales se deba utilizar el crédito.

Gálvez citado por Aguilar sostiene: “Que la empresa bancaria es una empresa mercantil, pero no es cualquier empresa de este tipo, sino una empresa especial que tanto su constitución, como función, se determina por normas de derecho público, de manera que no pueden ser constituidas sino en la forma que expresa la ley y llenando ciertos requisitos para obtener su autorización de actuar como banco.”⁶⁸

En este sentido, la finalidad de una empresa mercantil, es la reunión de varias personas para poder lucrar, adecuando sus estándares a los requisitos que la ley

⁶⁸ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. “Derecho de sociedades”. Guatemala. Editorial Litografía Orión. 2ª Edición. 2008. Pagina 313

establece, mismos que deben ser cumplidos para que éstas adquieran su personalidad, y con ello hacer efectiva su funcionalidad, por lo tanto las sociedades anónimas especiales, tienen la característica de estar reguladas en normas especiales, que exigen el cumplimiento de la misma para su funcionalidad dentro del territorio guatemalteco, en la legislación, la ley de bancos y grupos financieros, es la normativa que regula todo lo relativo a la constitución y funcionalidad de estas sociedades, por tal motivo es considerado como banca privada, porque la creación de las leyes especiales le ha dado la característica de privado, pues al ser un ente estatal, cada órgano crea su ley, siempre que no exista contrariedad al beneficio público. De lo anterior se puede consignar que las instituciones bancarias pueden tener naturaleza privada, pública y mixta. Dependiendo la finalidad para la cual fueron creadas, además de poder encuadrar su función en las leyes especiales.

Según Argeri la palabra Banco es: “Entidad económica financiera cuya actividad se traduce en la organización y regulación de las operaciones de crédito y política crediticia que cumplir por la banca y que proviene, se origina o relacionan con el dinero y títulos que lo representan, lo cual se conceptúa como mercadería”⁶⁹ En esta definición, el autor establece que las actividades de una institución bancaria, se reducen a las operaciones de créditos y las políticas que se deduzcan de ello, es importante establecer que las negociaciones financieras, se refieren a recibir y prestar dinero, en una relación que se da entre la entidad bancaria hacia los clientes o viceversa, pues su objetivo es el crecimiento económico, para alcanzar un nivel de estabilidad entro de la sociedad, también hay que mencionar que no solo se utiliza el dinero como mercadería, los títulos de créditos utilizados por dichas entidades pueden llegar a tener un gran papel en el desarrollo de la función de los bancos.

En conclusión se puede establecer por Banco, como una entidad encargada de realizar funciones de carácter financiero, como la intermediación de los créditos, utilizando los recursos que provienen de las aportaciones de los accionistas, así

⁶⁹ Banco. Argeri Antonio, Saúl. “Diccionario de derechos comercial y de la empresa.” Buenos Aires Argentina. Editorial Astreas, Gráficas Minerva, 1982. Pág. 88

como las ganancias obtenidas del interés que se fija dentro del contrato, respetando el margen que establece la Junta Monetaria, para poder aportar el capital necesario para la creación de empresas o el crecimiento de las ya existentes, además de encargarse de la administración de los recursos de los cuentahabientes quienes han depositado su confianza en dicha institución para garantizar la seguridad, estabilidad y el buen manejo de su patrimonio, y a ello sumársele aquellos servicios específicos que provienen del manejo de los ahorros que han sido resguardados y la administración y creación de los distintos títulos de crédito que han sido emitidos para introducirlos dentro de la comercialización de esta naturaleza.

Algunos de los grupos financieros que a la fecha establece la Superintendencia de Bancos son:

- a) Grupo Financiero Corporación BI
- b) Grupo Financiero de Occidente
- c) Grupo Financiero Agromercantil
- d) Grupo Financiero Citibank de Guatemala
- e) Grupo Financiero G&T Continental
- f) Grupo Financiero Banco Internacional
- g) Grupo Financiero Banrural
- h) Grupo Financiero de los Trabajadores
- i) Grupo Financiero BAC Credomátic

3.2. Instituciones de control

El sistema financiero para tener una función coherente y apegada a las normativas que se han establecido para su objetivo, necesita de instituciones que se encarguen de vigilar y controlar la funcionalidad de las entidades financieras y bancarias en Guatemala, por ello la necesidad de abarcar las generalidades de ellas, pues lo que interesa es únicamente el tema central, pero para poder abrir el campo hacia donde se requiere llegar, es necesario establecer algunos aspectos importantes:

a) Superintendencia de Bancos (SIB)

Creación de la Superintendencia de Bancos en el año de 1946 como una entidad encargada de supervisar el actuar del sistema financiero, y encargarse de velar porque los grupos financieros y entidades bancarias, establezcan el cumplimiento de las normativas creadas para establecer la legalidad de su función.

La creación de la Ley de Supervisión Financiera le dio otro sentido a la función que debe desempeñar la Superintendencia de Bancos, pues de ello se desprende que: “La Superintendencia de Bancos es un órgano de Banca Central, organizado conforme a esta ley; eminentemente técnico, que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria y ejerce la vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, bancos, sociedades financieras, instituciones de crédito, entidades afianzadoras, de seguros, almacenes generales de depósito, casas de cambio, grupos financieros y empresas controladoras de grupos financieros y las demás entidades que otras leyes dispongan.” Estableciendo para el efecto que es el ente encargado de la supervisión de las actividades financieras que realizan los bancos y grupos financieros, de manera que se pueda determinar el riesgo que puede existir en el funcionamiento de dichas entidades, pues es necesario que se compruebe la seguridad y estabilidad en el sistema financiero, de manera las personas posean la tutela efectiva hacia su patrimonio dinerario, mandamiento que emana de la Constitución Política de la República de Guatemala. La Superintendencia de Bancos es la institución que la ley ha facultado para velar por el estricto cumplimiento de las leyes y normativas que se crean en materia financiera.

b) Banco de Guatemala

“Mediante Acuerdo Gubernativo del 30 de junio de 1926, se fundó el Banco Central de Guatemala, que coronó la obra de la reforma económica del Gobierno de Orellana.”⁷⁰ Esta institución fue creada con la finalidad de establecer la política dentro del ámbito financiero, pues es necesario que exista, dentro de Guatemala un

⁷⁰ Banco de Guatemala. Mario García Lara. Reseña histórica. Guatemala. 2002
<http://www.banguat.gob.gt/inc/ver.asp?id=/info/historica&e=125775> fecha de consulta 28-08-2016

ente encargado de la función de estabilidad en la liquidez del sistema bancario, capaz de manejar las políticas de ejecución monetaria, así como las acciones cambiarias y crediticias más favorables que contenga un enfoque determinado hacia la economía del país.

El artículo 3 de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala establece: “Objetivo fundamental. El Banco de Guatemala tiene como objetivo fundamental, contribuir a la creación y mantenimiento de las condiciones más favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional, para lo cual, propiciará las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias que promuevan la estabilidad en el nivel general de precios”. La principal función del Banco de Guatemala es establecer los mecanismos más favorables, apegados a las leyes financieras, que logren alcanzar los estándares económicos que ayuden al desarrollo y mantenimiento de la moneda, relaciones que pueden surgir entre bancos nacionales o entre un nacional con la banca extranjera, pues es necesario que se promuevan políticas de énfasis financiero a través de esta institución, y con ello enmarcar el flujo financiero del país, pues se trata no solo de entablar políticas de ahorro, sino también aquellas actividades que ayuden al desarrollo económico nacional.

c) Junta Monetaria

Para conocer específicamente la función de la Junta Monetaria es necesario establecer lo que el artículo 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala que regula: “Junta Monetaria. La Junta Monetaria tendrá a su cargo la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país y velará por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional, asegurando la estabilidad y el fortalecimiento del ahorro nacional.” Por lo que, se establece como autoridad máxima del Banco de Guatemala, con el propósito de dirigir la función y dirección suprema del Banco Central, quien tiene a su cargo otorgar la garantía necesaria sobre la estabilidad monetaria dentro del sistema financiero nacional.

El autor Ramírez al respecto menciona que: “La responsabilidad que por mandato constitucional es asignada a la Junta Monetaria la convierte en una de las entidades más importantes en nuestro país, ya que de los aciertos y desaciertos derivados de la correcta ejecución de las políticas que ella determine, depende en gran medida, el desarrollo ordenado de la economía nacional.”⁷¹ Por tal motivo la función que se le ha encomendado a la Junta Monetaria, corresponderá al cumplimiento de un desarrollo económico nacional, que pueda ser determinante para establecer los principios de fluidez de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país.

3.3. Regulación legal en Guatemala

Guatemala cuenta con una gama universal de leyes en todo sentido, pues todos los ámbitos del derecho así como sus instituciones han sido abarcados por los legisladores, debido a la necesidad de poder normar las conductas de los individuos en la sociedad, como la funcionalidad de los distintos órganos, sin importar su naturaleza, en este sentido, se analizara la regulación legal de las instituciones financieras y bancarias.

a) Ley de Bancos y Grupos Financieros

La presencia de esta ley en la legislación financiera, le dio otro sentido a la funcionalidad de las instituciones financieras y bancarias, pues sus objetivos se trazan a regular las actividades desde la creación de una institución de este tipo hasta la liquidación, así como establecer los parámetros necesarios para operar en la captación del dinero, pues a través de ellas se puede canalizar la fluidez del dinero para poderlo utilizar en distintas áreas económicas del país. Este decreto entro en vigencia a partir del 1 de junio del año 2002.

El artículo 1 establece: “Objeto. La presente Ley tiene por objeto regular lo relativo a la creación, organización, fusión, actividades, operaciones, funcionamiento, suspensión de operaciones y liquidación de bancos y grupos financieros, así como al establecimiento y clausura de sucursales y de oficinas de representación de bancos

⁷¹ Ramírez, Daniel. Op. cit., Pág. 52-53

extranjeros.” Las entidades que han seguido los procedimientos establecidos para su funcionamiento, en cumplimiento de la ley, quienes han sido debidamente autorizadas para poder establecerse en el territorio para su operatividad, de los bancos nacionales o extranjeros que deben apegar su normativa a la nacional, normar la actividad de negocios que lleven implícitos los créditos, del fondos que provienen de los accionistas o de aquellas personas que desean que se administre su patrimonio dinerario en alguna de ellas, así como la regulación de cualquier título de crédito que sea apto para cumplir sus fines en instituciones bancarias.

La evolución del sistema financiero a nivel mundial, obligo a la creación de la presente ley, tomando en consideración algunos principios fundamentales que se utilizaron en el Comité de Basilea que hacían referencia a la supervisión bancaria. Dicho mecanismo utilizado en la creación de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, ha experimentado un avance esencial en cuanto al sistema bancario guatemalteco, de esto que el Estado debe brindar la seguridad jurídica a los bienes tutelados de los habitantes de la República, en este sentido se crean instituciones que se encargan de velar por el estricto cumplimiento de la funcionalidad de entidades bancarias, que puedan establecer procedimientos adecuados para este fin, para proporcionar eficacia, transparencia, seguridad y fiabilidad en inversionistas y personas que necesitan administrar su patrimonio económico a través de estas instituciones.

b) Ley Orgánica del Banco de Guatemala

Es preciso establecer que la creación del Banco Central en Guatemala, surge de la necesidad de poder crear una entidad, que pueda llevar a cabo funciones modernas adecuadas a la actividad financiera del país, para ello es necesario establecer reformas a la ley que data de 1945 y 1946, es por ello que a partir el año 2002 se crea la presente normativa, que tiene como base fundamental el artículo 132 de la Constitución Política de la República de Guatemala, para garantizar a través del Banco Central, una estabilidad y desarrollo en las condiciones monetarias del país que tenga eminente relación con la economía nacional, creando las instituciones

necesarias para dicho cometido y alcanzar transparencia en el desarrollo de su función.

El artículo 1 de la presente normativa establece que: “Objeto. La presente Ley tiene por objeto normar lo atinente a la estructura y funcionamiento del Banco de Guatemala a que se refiere el artículo 132 de la Constitución Política de la República de Guatemala.” En este sentido, es preciso establecer que el Banco Central de Guatemala es creado para cumplir con las funciones superiores a los Bancos Privados, pues es necesario que exista un ente que regule como agente financiero del Estado, además de ello, establecer en la ley las funciones y atribuciones que debe cumplir para poder alcanzar sus objetivos, estableciendo como principal contribución la del mantenimiento más favorable dentro del desarrollo de la economía nacional, además de la creación de aquellos mecanismos que alcancen una estabilidad en el ámbito financiero.

c) Ley Monetaria

La necesidad de regular en una ley modernizada que maneje la estructura de la moneda actual en Guatemala, así como la entidad encargada de la emisión y distribución del mismo, surge para complementar la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, pues ambas reflejan su objetividad hacia la actividad que debe desarrollar el Banco de Guatemala, en el sentido de normar todo lo relacionado a la moneda nacional, como también las especies monetarias que sean creadas para la circulación y la definición de las reservas internacionales.

d) Ley de Instituciones Financieras Privadas

En el compendio de leyes que se han creado en el año 2002 le dio un giro total a la normativa que regulaba el sistema financiero en el país, en este sentido se incluye la presente ley, pues su función radica en proporcionar los recursos necesarios a empresas para poder crear nuevas y dotar a aquellas que ya existen, de manera que la economía pueda tomar otro sentido a través de dichas entidades, aunado a ello la modernización del sistema financiero que corresponda a aquellas necesidades

bancarias, pues es necesario que a través de las instituciones financieras privadas, se pueda fomentar el ahorro en los ciudadanos y a la vez la inversión para mejorar su sistema económico.

En este sentido el artículo 1 establece que: “Las sociedades financieras son instituciones bancarias que actúan como intermediarios financieros especializados en operaciones de banco de inversión, promueven la creación de empresas productivas mediante la captación y canalización de recursos internos y externos de mediano y largo plazos; los invierten en estas empresas, ya sea en forma directa adquiriendo acciones o participaciones; en forma indirecta, otorgándoles créditos para su organización, ampliación y desarrollo, modificación, transformación o fusión siempre que promuevan el desarrollo y diversificación de la producción.” Pues es indispensable que existan este tipo de instituciones que ayuden a mejorar el sistema bancario, de manera que los aportes financieros estén apegados a la realidad nacional, tanto económicamente como sistemáticamente, la creación de las instituciones financieras privadas, da lugar a la existencia de un financiamiento a empresas nacionales, haciendo énfasis en las que pertenecen a Guatemala, prohibiendo que puedan otorgar algún tipo de financiamiento a entidades que se encuentren fuera del país. En esta ley se abarca la fusión de empresas que surja por motivos que sean encuadrados en la ley, pues en una fusión se busca una mejor inversión y un crecimiento mayor sobre una empresa ya existente, además de aquellas que surgen de la necesidad, cuando existan problemas económicos que no pueden ser atendidos por una empresa que ya está bajando su nivel económico.

e) Ley de Supervisión Financiera

Es necesario encuadrar las actividades que realizara la entidad encargada de supervisar y vigilar las actividades financieras y bancarias, en este sentido surge el Decreto 18-2002. A raíz de los cambios y la modernización de estas entidades, así como la nueva regulación legal, que proveía un énfasis más moderno sobre los temas financieros, las actividades encaminadas al desarrollo económico en Guatemala, dieron lugar a ello.

Es necesario que la Superintendencia de Bancos para realizar efectivamente su función de supervisión, como otorgarle las facultades necesarias para poder emitir las sanciones cuando correspondan, pueda establecer el amparo de su función en una ley determinada, es por ello que los legisladores le han dado vida a la presente ley, en este sentido el artículo 2 párrafo segundo establece: “La función de supervisión que ejerce la Superintendencia de Bancos no implica, en ningún caso, la asunción de responsabilidades por ésta o por sus autoridades, funcionarios o personal, por la gestión que realicen las entidades sometidas a su supervisión, ni garantiza el buen fin de dicha gestión, la que será siempre por cuenta y riesgo de la propia entidad, de sus administradores y de sus accionistas.” En ese orden de ideas, libera de toda responsabilidad que pueda recaer en la Superintendencia de Bancos, pues su función es supervisar el actuar de las instituciones financieras y bancarias, que dicha funcionalidad pueda ser ejercida con apego a las leyes y normas que regulan su actuar, de modo que genere una política económica, encaminada a la creación de aquellas instituciones que ayuden al desarrollo financiero del país. Encaminada a favorecer la solidez y solvencia que pueda realzar el sistema financiero del país, pues es necesario proporcionar la confianza del público en todos los bancos nacionales, para que pueda fortalecer a la Superintendencia de Bancos en el ejercicio de su función.

A raíz del programa de fortalecimiento del Sistema Financiero Nacional, que tenía como finalidad reformar las leyes financieras que existían, pues era necesaria la creación de nuevas normas y nuevas instituciones de derecho financiero para poder establecer los mecanismos a seguir en esta rama del derecho, y con ello contribuir al desarrollo económico del país, con la intención de proponer un marco legal, que pueda adaptarse a las necesidades flexibles y ágiles, que proporcionen seguridad jurídica y certeza al público en general, para lograr la eficiencia, transparencia y competitividad en el desarrollo de las actividades que establecían los bancos y grupos financieros, y con ello poder alcanzar estabilidad en el sistema financiero, es por ello que surgen las diferentes leyes, de las cuales se analizaron las más importantes para el desarrollo de este tema.

3.4. Diferencias entre institución financiera y bancaria

Al hablar de instituciones financieras y bancarias, se debe determinar la importancia de cada una de ellas dentro del sistema económico guatemalteco, pues se consideran una fuente magra de ingresos económicos y fluidez económica bastante abundante, en consideración, el enfoque que pretende dársele a la presente investigación, radica en los contratos de créditos prendarios y créditos hipotecarios que se han autorizado en instituciones bancarias, pues por la función que interesa es, la manera en que opera el sistema bancario, en la autorización de estos contratos, así como el cumplimiento de los lineamientos que tanto las leyes y normativas, como la doctrina establecen para que los contratos nazcan a la vida jurídica, en este sentido, es importante establecer las diferencias que existen entre dichas entidades, de manera que pueda ser eje central una institución bancaria para la presente investigación. Por tal motivo, y debido a la naturaleza de las instituciones financieras, y la función que ejercen dentro del sistema financiero en Guatemala, se resaltarán únicamente los contratos que hayan sido autorizados en instituciones bancarias, pues es aquí en donde existe aún más la violación al principio de intermediación notarial, ya que la afluencia de estos contratos es bastante cotizada.

Cabe mencionar que la naturaleza de las dos entidades, es eminentemente económico, pues tratan de establecer el flujo de efectivo en el mercado financiero, de manera que puedan alcanzar extensiones a nivel económico, que pesan sobre el sistema financiero de un país, es decir, que buscan proporcionar dentro del país, la facilidad de otorgar créditos para mejorar empresas que ya existen y a la vez, ayudar a la creación de nuevas empresas que contribuyan al desarrollo del país. Además de ello hay que resaltar, que el ahorro es una de las formas de adquisición de capital por parte de estas instituciones, pues para poder sostener su funcionalidad, es necesario que cuenten con el capital que establece la ley, primero para su creación y constitución y posteriormente para mantenerse dentro de mercado comercial.

La sociedad guatemalteca en la actualidad desconoce el funcionamiento de una sociedad financiera, la forma en que operan en el sistema económico nacional, por lo

que el recurrir a una institución de esta naturaleza es poco común, la mayor parte de la población, se adecuan al sistema bancario, pues es mucho más conocido el sistema operativo en un banco, las facilidades están más al alcance de los comerciantes que requieren de capital en efectivo para poder realizar sus transacciones en el comercio, por lo que es necesario hacer un análisis, que proponga las diferencias entre estas instituciones, y tomar las bases que requieren los bancos para poder realizar contratos hipotecarios y prendarios.

Las similitudes que existen entre instituciones financieras y bancarias pueden desglosarse de la siguiente manera:

- La Ley de Sociedades Financieras Privadas le da carácter de instituciones bancarias a las instituciones financieras, por lo que tiene eminente relación con los bancos y la Ley de Bancos y Grupos Financieros.
- Ambas tienen como finalidad brindar financiamiento a empresas ya existentes y empresas nuevas.
- Tanto las sociedades financieras como los bancos deben de constituirse según las leyes nacionales como sociedades anónimas, siempre que estén dentro del contenido de las sociedades especiales.
- Están sujetas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Bancos y están sujetas a las disposiciones que emita la Junta Monetaria, sobre aquellos asuntos que se refieran a la estabilidad financiera dentro del país.
- Los requisitos para la creación y autorización de dichas instituciones, están contenidos en la Ley de Bancos y Grupos Financieros.
- En la promoción, organización, fundación, desarrollo, los bancos podrán participar de manera directa, respetando los porcentajes que debe determinar la Junta Monetaria para el efecto.
- Los miembros del Directorio o Consejo de Administración, que pertenezcan a un banco en particular, pueden también ser miembros de los mismos órganos cuando fuere requerido por entidades financieras, y de igual manera funciona si fueren miembros del Directorio o Consejo de Administración de un banco.

- Las exenciones tributarias que se refieren al papel sellado y timbres fiscales derivado de la emisión, compra y venta de títulos de valor, corresponderán a instituciones bancarias y financieras, siempre que dicha tributación recaiga sobre estas instituciones

Al hablar de las diferencias que pueden encontrarse entre una institución financiera y una institución bancaria se considera de la siguiente manera:

- Las contribuciones o el financiamiento hacia empresas extranjeras están a cargo de los bancos nacionales, las instituciones financieras tienen prohibido realizar este tipo de gestión, siempre que dichas empresas no pertenezcan a la Comunidad Económica Centroamericana, de conformidad con las leyes del país.
- La limitante en instituciones financieras sobre el plazo del otorgamiento de créditos, pues estas no pueden emitir créditos que tengan un periodo de durabilidad de menos de tres años, una institución bancaria puede otorgar créditos sin importar los plazos.
- La comercialización con monedas extranjeras está prohibida para las sociedades financieras, pues esta se puede realizar a través de los bancos, quienes tienen la libertad de poder utilizar las monedas extranjeras, siempre que se realice con apego a la ley y de acuerdo a las disposiciones que emita la Junta Monetaria.
- El sistema bancario nacional, tiene la facultad de poder aperturar cuentas de depósitos monetarios, ahorro y a plazo, que provienen del público, de esta manera pueden adquirir capital necesario para la inversión, es una fuente de captación utilizada actualmente, las instituciones financieras tienen prohibido abrir y operar cuentas de esta naturaleza, pues su función es estrictamente de inversión.

Razón por la cual el enfoque es totalmente bancario, pues al analizar la función que ejerce una institución financiera dentro del sistema económico en Guatemala, se refiere a las inversiones específicamente en empresas existentes o la creación de nuevas empresas que van a ayudar al desarrollo sistemático económico, labor que desempeña con el otorgamiento de créditos, la inversión que realiza en otras

empresas, este es el motivo por el cual en la cultura nacional no es tan conocida su actividad por el público, es un tanto más empresaria y no tiene tanto acceso general. En ese orden de ideas se establece que la actividad que realizan los bancos es más frecuentado, de manera que la mayor parte de población, acuden a una institución bancaria para solicitar un crédito de la naturaleza que más le convenga, pues las facilidades que establecen en dichas entidades están más al alcance de la población.

3.5. Requisitos de créditos prendarios e hipotecarios autorizados en instituciones bancarias

Los requisitos que establecen las leyes, se encuentran contenidos en el Decreto Ley 106 y las disposiciones que establece el Código de Notariado, es necesario resaltar que en instituciones bancarias existen requisitos especiales, que no se encuentran regulados en la ley, pero deben ser contemplados por el público para ser candidatos a optar a un crédito de esta naturaleza, ya sea crédito hipotecario o crédito prendario:

Requisitos del solicitante de un crédito hipotecario o prendario

- Solicitud de Crédito
- Estado Patrimonial
- Constancia de Ingresos
- Fotocopia de Documento Personal de Identificación
- Formulario IVE
- Copia 3 últimos estados de cuenta
- Copia de Recibo de agua, luz o teléfono

Edades de los solicitantes

- 18 a 55 años 15 años plazo
- 56 a 60 años 10 años plazo
- 61 a 65 años 05 años plazo

Estos requisitos no los exige la ley, pero para las instituciones bancarias es indispensable el cumplimiento de los mismas, es bastante aceptable que existan otros requisitos que pueden ser parte del contrato, pero va a depender de la entidad

bancaria, pues la competencia es bastante amplia en este sentido, algunos Bancos son más estrictos y algunos otros más accesibles en este sentido, pero para fines académicos es necesario establecerlos a grandes rasgos, pues la verdadera importancia radica en la forma en que se elabora el instrumento público, que da origen al contrato, así como el procedimiento que se establece dentro de estas instituciones para poder nacer a la vida jurídica.

CAPITULO IV

PRESENTACIÓN, DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

La importancia de esta investigación radica en la actividad que realiza el Notario en el ejercicio de su función, pues se pretende establecer a través del objetivo general, qué consecuencias jurídicas pueden surgir, o a que consecuencias jurídicas se expone el Notario, el instrumento público y las entidades bancarias, derivado del incumplimiento del principio de intermediación notarial en los contratos de créditos hipotecarios y prendarios autorizados en entidades bancarias, es evidente que la exigencia de estas instituciones, ha generado que el Notario pueda incurrir en el incumplimiento de requisitos doctrinales, pues si se tratara de requisitos esenciales, el contrato puede ser redargüido de nulidad, y las responsabilidades que conlleva, también pueden recaer sobre el ejercicio profesional del Notario, como profesional del Derecho, conocedor de su función, y para ello es preciso demostrar que la profesión del Notario dentro de las diferentes ramas en las que se desenvuelve, tiene que ajustarse a los estándares que le son proporcionados, no obstante regular su actividad en el actuar correcto es deber de él y su obligación está en cumplir a cabalidad todos los aspectos del Derecho Notarial.

La fe pública, atribución que ha sido otorgada al Notario a través de autorizar actos o contratos, en la cual se incluyen los instrumentos públicos, al darles autenticidad a los mismos, es una de las principales funciones que, lleva implícita la representación del Estado, de manera que dicha función ha sido otorgada y confiada en el Notario, no obstante las leyes creadas para el desempeño de esta función, establecen los alcances y límites que tiene el Notario al momento de ejercer su función. Para ello en esta investigación se consideró conveniente y oportuno realizar entrevistas a Notarios que se encuentren dentro del ámbito de la autorización de instrumentos públicos, de créditos prendarios y créditos hipotecarios, autorizados dentro de las instituciones bancarias, o que bien, hayan sido autorizados para ellas, pues el problema radica en la falta de presencia de los Notarios al momento de ejercer la

función notarial, para determinar, el alto grado de responsabilidad que tiene esta profesión, y de estar presente el profesional del Derecho, en todo el procedimiento, de los actos o contratos autorizados, y debido a las necesidades económicas que presenta la población, y que son solventadas por instituciones bancarias, es por ello que las personas recurren a estas entidades para solicitar créditos y obtener el capital necesario, sujetándose al procedimiento que internamente se ha establecido, en este orden de ideas, se han adecuado las preguntas de investigación a Notarios, con la finalidad de establecer sus conocimientos en esta rama del Derecho, contribuyendo a darle una respuesta que ayude a identificar el problema para los Notarios y futuros Notarios, sobre la importancia del cumplimiento de este principio, y de igual manera entrevistando a Notarios que pertenecen a instituciones que tienen el control estrictamente Notarial en Guatemala, tratando de obtener respaldo que pueda servir en el análisis de esta investigación:

- Miembro del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial
- Notario con conocimientos amplios en Derecho Notarial
- Notario que labora directamente para Banco uno
- Notario que labora directamente para Banco dos
- Notario que labora directamente para Banco tres
- Notario que elabora escrituras para Banco
- Notario con amplios conocimientos en Derecho Notarial
- Jefe del Archivo General de Protocolos
- Notario con amplios conocimientos de Derecho Notarial
- Notario con amplios conocimientos de Derecho Notarial

La diferencia entre un Notario que labora directamente para una institución bancaria es, que tiene limitado el ejercicio del notariado, pues únicamente podrá autorizar contratos que favorezcan la producción y el crecimiento económico de una institución de esta naturaleza, en tanto que existen Notarios, que no laboran directamente para estas instituciones, pero por la flexibilidad de las mismas, los clientes deudores, pueden recurrir a sus servicios, para la autorización de un crédito hipotecario o prendario, siguiendo siempre los procedimientos internos que son establecidos, para

que puedan proceder sin ningún problema, pues son Notarios que tienen su sede profesional fuera de un banco. Por lo que atendiendo al puesto que han desempeñado, además de la función que realizan dentro del ejercicio del notariado, es determinante establecer el análisis que aporta cada uno de los notarios entrevistados, el criterio personal sobre la importancia y relevancia de los principios notariales que deben ser cumplidos en el desarrollo de la función notarial en algunos casos se realizaron las entrevistas de manera oral, quedando gravada la conversación, y en otros casos las entrevistas fueron contestadas de manera escrita, por lo que a continuación se realiza la presentación, discusión y análisis de resultados:

Primera pregunta: ¿Considera importante para el ejercicio del notariado el cumplimiento de los principios doctrinarios del Derecho Notarial?

El primero expresó: Si considero que es importante tener en cuenta siempre los principios doctrinales del Derecho Notarial sobre todo los de nuestro sistema que es el sistema latino que exige algunas cuestiones que son muy particulares y que permiten que la profesión se ejerza de una manera más integra y con mejores resultados.

El segundo argumentó: Es de suma importancia el debido cumplimiento de los principios doctrinarios del Derecho Notarial, ya que son su propia esencia y razón de ser, si el notario en el ejercicio de su función notarial no los cumple deja de garantizar la certeza y seguridad jurídica.

El tercero manifestó: Si, para el buen ejercicio del notariado, el mismo debe descansar en sus principios que rigen el buen ejercicio. Además son principios que se aplican al ejercicio del notariado latino, es decir el sistema utilizado en varios países del mundo incluyendo el nuestro.

El cuarto afirmó: Si, es importante. El que hacer notarial es tan sagrado y delicado que la cuna de la práctica de la fe pública yace en el respeto apegado y debida

aplicación de los principios doctrinarios. El trabajo del Notario ha de ser impecable y limpio desde que inicia hacia que culmina, de lo contrario no tendría razón de ser la existencia de una profesión con un objetivo tan loable como ésta.

El quinto determinó: Por supuesto que son importantes ya que cada uno de ellos le dan certeza jurídica a todos los actos o contratos que son del conocimiento del Notario a requerimiento o por mandato de ley. Por lo que a) la fe pública; b) la forma; c) intermediación; d) rogación; e) consentimiento; f) seguridad jurídica; g) autenticación; h) publicidad; i) unidad de acto; y j) protocolo. Son los principios que le dan una fuerza legal a las actuaciones notariales.

El sexto concretó: Sí. Si bien es cierto, la única fuente del Derecho la constituye la ley, los principios doctrinarios entendidos como pilares fundamentales de todo ordenamiento jurídico, son indispensables y deben ser observados para que un sistema jurídico sea completo y eficaz.

El séptimo opinó: Si, porque solamente cumpliendo estos principios se permite obtener la certeza jurídica y fe pública de los Actos Notariales.

El octavo aseveró: Si es importante por la seguridad jurídica que imprime al documento autorizado, la actuación del profesional del derecho.

El noveno delimitó: El cumplimiento de los principios doctrinarios ayudan a garantizar la efectiva realización de las funciones notariales.

El décimo fundamentó: Sí, es parte de su estructura.

De las respuestas obtenidas, es preciso determinar que todos los profesionales del derecho entrevistados, concluyen en la importancia que debe tener el cumplimiento de los principios del derecho notarial, en el ejercicio del notariado, y específicamente en la autorización de los contratos, independientemente del tipo de contrato que se vaya a autorizar, es necesario que se tomen en cuenta para el ejercicio profesional,

pues esto le dará certeza jurídica al documento autorizado por el Notario, ya que las personas que requieren los servicios notariales, buscan seguridad y certeza jurídica del negocio que realizan, y alcanzar una íntegra función, debido a la mala utilización de esta profesión, por personas que se prestan a realizar actos ilícitos dentro de la sociedad guatemalteca. Es indispensable que la seguridad jurídica a que hacen énfasis los notarios entrevistados, recaer sobre la manifestación de certeza e indubitabilidad que los Notarios le confieren al instrumento público. Lo que puede concatenarse con lo que establece el artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al garantizar la seguridad a los habitantes de la República, que conlleva un alcance en todos los ámbitos en los que se desenvuelve.

Así mismo, hay que mencionar que en Guatemala, la función que ejerce el Notario es del tipo latino, que tiene contemplada la presencia del notario desde su rogación, hasta llegar al perfeccionamiento del instrumento público, en ese sentido, los principios notariales, van encaminados a alcanzar la garantía necesaria y que es requerida por las partes dentro del contrato, pues el Estado ha delegado la función de la fe pública al Notario, la que le da autenticidad a los actos que han sido autorizados por éste, lo que conlleva que pueda conservar y obtener fuerza probatoria, y la fuerza ejecutoria sobre los mismos. Con la necesidad de actuar imparcial frente a las necesidades de las partes, pues se busca establecer la conveniencia mutua, de manera que pueda ser favorecida en los aspectos que crean satisfacer sus necesidades, esta función el Notario la puede lograr, debido a que su actividad se rige por ser independiente, y la ejerce de manera liberal, porque no depende directamente de una autoridad administrativa o de cualquier otra índole, apegado siempre a las leyes y normas que sean necesarias para lograr establecer una profesión digna, segura y correcta dentro de la sociedad.

En ese orden de ideas, en la autorización de contratos, se puede concluir que el Notario debe verificar la correcta utilización de los principios notariales, pues son considerados la base del Derecho Notarial, son los pilares que inspiran el ejercicio del notariado latino, que le proporcionan certeza jurídica al desempeño de su función,

por ello es importante verificar o crear un mecanismo que ayude al Notario que compruebe su cumplimiento como sucede en los requisitos indispensables para el otorgamiento de los contratos, aunado a ello el Estado debería crear ámbitos legislativos que incluyan estos principios, pues su eficaz cumplimiento, ayudaría en muchos aspectos a la correcta realización del sistema notarial en Guatemala, y por lo tanto, reformar las normas del Código de Notariado para que sea allí, en donde se incluyan los principios del Derecho Notarial, como parte de las formalidades esenciales contenidos en el artículo 31 de dicho cuerpo normativo.

Segunda pregunta: ¿Cuál es su postura en cuanto al cumplimiento del principio de intermediación notarial en la autorización de contratos?

El primero determinó: Pienso que este principio va de la mano con los otros principios fundamentales como son por ejemplo la fe pública y la seguridad jurídica, entonces estos se pueden obtener si se integran previamente los otros principios siendo uno de estos el básico, el aquí mencionado que es el de la intermediación notarial, por lo tanto, su cumplimiento también va a permitir que exista una mejor formalización del instrumento público, una óptima formalización del instrumento público.

El segundo concretó: El principio de intermediación notarial requiere que el notario este presente al momento de la autorización de los contratos, ya que debe de establecer la capacidad de las partes así como también que su voluntad contractual esté libre de cualquier clase de vicio que pueda afectar la validez y eficacia del contrato. Si el notario no se encuentra presente cumpliendo el principio de intermediación, no le puede dar fe pública al contrato autorizado.

El tercero expresó: Que es básico, debe ser insustituible hablando del principio. Ahora hablando del cumplimiento es vigente, pero no es positivo, pues casi no siempre se cumple.

El cuarto argumentó: El contacto directo del Notario con los otorgantes es indispensable de lo contrario pueden existir vicios en la declaración de voluntad, por

ello tanto la realización de la rogación notarial como el de intermediación han de primar, puesto que la presencia física en el acuerdo previo, durante y posterior al otorgamiento de cualquier contrato dan garantía de un negocio jurídico sano y confiable. Es tan importante la existencia de la intermediación, que la carencia de la misma significaría un presupuesto de inexistencia del negocio realizado, pues no podría existir siquiera un documento si las partes y el Notario no se han puesto de acuerdo.

El quinto opinó: Generalmente en las instituciones financieras no se cumple con este principio, porque los clientes solo se presentan a firmar los contratos con cláusulas pre establecidas y nunca se cumple con el principio de intermediación notarial en cuanto que el notario debe estar en contacto con las partes y tener el acercamiento de ambos hacia el instrumento.

El sexto fundamentó: De conformidad con el Código de Notariado el Notario debe tener contacto directo con las partes en la elaboración de todo instrumento público. Sin embargo debido a la enorme cantidad de negocios jurídicos que se efectúan y la velocidad con que se mueven las transacciones comerciales en la actualidad, la legislación está empezando a verse sobrepasada, hasta el punto de considerarse en algunos casos como un obstáculo o estorbo. Concretamente en relación al principio de intermediación notarial, existen innumerables casos, no sólo relacionados con instituciones financieras y bancarias, en los cuales resulta muy complicado para las partes, o por lo menos para una de ellas, comparecer personalmente ante el Notario para formalizar documentalmente el negocio jurídico que físicamente ya se concretizó. Esto no quiere decir, en mi opinión, que se debe vulnerar o dejar de lado el principio de intermediación en la elaboración de instrumentos públicos, debido a que legalmente el Notario está obligado a observarlo y cumplirlo; simplemente como se dijo al inicio, parecería que nuestra legislación notarial está empezando a quedar rezagada.

El séptimo aseveró: Es de vital importancia, toda vez que el Notario es el profesional y figura elemental para dar legalidad a los actos que ante él se realizan, es decir sin su presencia que validez podría tener un acto notarial.

El octavo manifestó: Debe cumplirse, ya que el único que lo otorga la certeza al instrumento público autorizado es el Notario por la fe pública de que esta investido, razón por la cual es indispensable su presencia en el desarrollo del instrumento público, y hasta su autorización, lo cual incluye el momento en el cual los otorgantes firman dicho instrumento.

El noveno concluyó: Es indispensable cumplir con el principio de intermediación para generar certeza en los contratos y en el adecuado encuadramiento de la voluntad de las partes en el instrumento público.

El décimo delimitó: Debe cumplirse, es parte de la seguridad jurídica, es el Notario el que hace el notariado seguro.

En este orden de ideas, todos los notarios entrevistados, concluyeron en la injerencia que se debe tener en cuenta en el cumplimiento de los principios del Derecho Notarial, en el presente cuestionamiento, se busca establecer la importancia que debe tener la presencia del notario en todos los actos o contratos, que son sometidos a su conocimiento en el ejercicio de su función, es decir, qué tan importante se considera que el notario esté frente a las partes contratantes, para poder guiar y lograr una función mas apegada a derecho, para cumplir con los requisitos esenciales que establece la ley en el perfeccionamiento del instrumento público, en este sentido el notario es el conocedor del Derecho, es quien conoce perfectamente la actuación notarial, quien sabe las directrices en esta rama del Derecho para poder encuadrar la voluntad de las partes contratantes en los tipos que la ley regula, a lo que los profesionales entrevistados concluyeron que, debe de tomarse muy en cuenta este principio, pues la presencia del notario es fundamental para establecer la capacidad de las partes, así como también establecer que la

voluntad de las partes esté libre de cualquier vicio que pueda afectar la esencia del negocio, pues su presencia va a ser vital para poder otorgarle fe pública al hecho celebrado, a esto se le debe añadir que los principios del Derecho Notarial deben de ir de la mano, desde el principio de rogación que establece el momento, en el que las partes requieren de los servicios del escribano, hasta el principio de autenticación, en el que a través de la firma y sello, se establece que un acto o contrato ha sido declarado por el notario autorizante, aunque se discute como un principio vigente, pero no positivo, por la situación que se regula en las instituciones Bancarias, al no tener en cuenta este principio básico, pues casi no se cumple en este tipo de contratos, de manera que los interesados deberán adherirse a las cláusulas preestablecidas en los contratos bancarios.

Otra situación mencionada es la consideración de las normas vigentes, pues son tomadas como obstáculos para los Notarios, pues no cuentan con reformas que puedan adecuarse a la comercialización actual, es necesario que, así como la economía y los negocios jurídicos han evolucionado con el pasar de los años, las leyes puedan tener reformas que puedan modificar el actuar del Notario, en el sentido de poder llenar las lagunas legales que surgen en casos específicos, pues el Derecho es cambiante, pero el cambio a que se refiere no es para afectar la seguridad y la certeza jurídica de sus actuaciones, sino ayudar a que sea más eficaz y se perfeccione cada una de las áreas del Derecho en las que interviene.

Se puede concluir que en la autorización de los instrumentos públicos, cualquiera que sea su naturaleza, clasificación o esencia, es de vital importancia la presencia del Notario, pues es la persona que el Estado ha designado para establecer la presunción de veracidad en los actos que han sido sometidos a su conocimiento y han sido autorizados por éste, y debido a la carga legal que implica cada uno de ellos, es necesaria la dirección del Notario en todos estos asuntos, de manera que pueda interpretar las leyes y poder transmitir con lenguaje entendible a las partes contratantes, poder establecer los alcances, lo que pueden hacer y lo que no pueden hacer al momento de establecer las condiciones del negocio. Poder determinar los

alcances que la legislación establece para cada contrato en particular, por ello, presenciar la voluntad de las partes, así como el contacto directo del Notario con el instrumento público, determinara la eficacia del contrato, y podrá alcanzar el perfeccionamiento del instrumento público.

Tercera pregunta: ¿Considera que se violenta el principio de intermediación notarial en los créditos hipotecarios y prendarios que se autorizan en instituciones financieras y bancarias?

El primero estableció: Evidentemente si se violenta este principio, es una situación que se ha convertido en una práctica ya por muchos años, muchas décadas, yo recuerdo que tal vez hace unas dos décadas o un poco mas se empezó a tomar en consideración este problema que estaba atentando en contra de los principios notariales, por la postura bajo la cual se habían acomodado las instituciones bancarias en el sentido de que en lugar de hacerse todas las formalidades dentro de la propia sede notarial, pues las formalidades no termina uno viéndolas porque estas se exigen dentro de los departamentos jurídicos de los bancos y en muchos casos el notario no logra completar ese principio de intermediación notarial, mas bien, diría yo en todos los casos, rara vez se conoce al representante legal de la institución y si se le conoce no es propiamente por la firma de los documentos, entonces se está estableciendo una intermediación notarial relativa porque, el que sí está con el notario es el cliente mas no el representante legal.

El segundo opinó: En la mayoría de casos el principio de intermediación notarial se violenta en la autorización de los créditos hipotecarios y prendarios en donde existen instituciones financieras y bancarias, en este caso concreto se puede analizar desde dos puntos de vista, dependerá si el contrato es autorizado en escritura pública o en documento privado con legalización notarial, pues se viola mas el principio de intermediación cuando estos contratos se autorizan por medio de documentos privados con legalización notarial, ya que el notario legaliza firmas de personas que nunca estuvieron ante el presentes.

El tercero concretó: Obviamente sí, pero es una situación que sucede así mismo en otras instituciones, como en las inmobiliarias.

El cuarto aseveró: En determinados casos si se violenta en otros no. a) El principio es violentado cuando los clientes solicitan y tramitan un crédito, mismo que ha de ser escriturado por el tipo de garantía que presenta y la institución bancaria o financiera, impone que el negocio sea autorizado por un Notario que trabaja en relación de dependencia con dicha institución, y el cliente no está de acuerdo, pero por la necesidad económica del financiamiento accede sin siquiera haber tenido contacto con el Notario sino hasta la fecha que firmará. Puede acontecer también que el cliente nunca vea al Notario sino sea el ejecutivo de crédito quien tome las firmas en el protocolo del Notario, situación mucho más grave porque en realidad nunca existió ningún tipo de comunicación entre el deudor, el Representante del acreedor y el Notario. Acontece que por regla general después de que la firma el cliente se trasladan las escrituras a firma del Representante Legal de la institución, por lo que también se violenta el principio de unidad de acto. b) Cuando no se violenta, es cuando el cliente está de acuerdo y acude directamente con el Notario a platicar y firmar frente a él al igual que el Representante Legal, lo cual es poco común pero posible que acontezca.

El quinto determinó: Sí, como lo explicaba anteriormente los contratos ya tiene cláusulas con condiciones establecidas por las entidades financieras por lo que son de alguna manera unilaterales. Teniendo dichas entidades áreas notariales para la legalización de los créditos y de esta forma limitar el derecho de libre contratación de los deudores.

El sexto fundamentó: Sin duda alguna, en la mayor parte de instituciones financieras y bancarias, por no decir todas, el principio de intermediación notarial no se cumple, ya que el gerente, representante legal o quien ejerza la personería de la institución financiera no comparece físicamente ante el Notario. Es más existen otros principios como el de unidad de acto que se vulnera, e inclusive podría decirse que hasta la

seguridad jurídica del acto o contrato queda mermada debido a que la firma no es puesta en presencia del Notario.

El séptimo expresó: Si, porque lamentablemente el Notario nunca está en contacto con los otorgantes, simplemente se encarga de firmar y que a través de su firma se autoricen los contratos, contratos estos que al ser presentados ante el mismo ya se encuentran firmados por las partes.

El octavo manifestó: No se observa, debido a que el Notario regularmente no se encuentra presente al momento que los representantes de las entidades financieras firman los instrumentos públicos. Adicionalmente no se observa el de unidad de acto. En ambos casos es lamentable, debido a que el Código de Notariado en su artículo 1 indica que el Notario únicamente da fe de los actos en que intervenga.

El noveno opinó: Si, definitivamente ya que los bancos coaccionan al Notario a entregar su protocolo para firmas consignando que conoce al otorgante y el mismo no firma en presencia del Notario.

El décimo concluyó: Trabajan acorde a políticas internas funcionalmente que no van acorde al principio de intermediación.

La violación al principio de intermediación notarial, implica la falta de presencia del Notario en la autorización de los contratos, porque se determinó la importancia de cumplir este principio por el Notario en el ejercicio de su función, en este cuestionamiento, se busca establecer si efectivamente existe violación a este principio en los contratos que han sido autorizados por Notarios, en instituciones bancarias, para ello se entrevistó a Notarios que laboran en dichas instituciones, profesionales del Derecho que tengan en suficiente conocimiento en este aspecto, y los que sean parte de instituciones de Derecho Notarial, con el objeto de poder determinar su forma de pensar en cuanto al tema relacionado.

Estableciendo que existe violación al principio de intermediación notarial, en los contratos que se han autorizado en instituciones bancarias, se debe a la falta de presencia del Notario en la contratación bancaria, la cual ha tomado un gran déficit, pues la mala práctica que existe influye en este tema, a esto se le debe agregar que los Notarios que son contratados para laborar directamente en una institución de esta naturaleza, atendiendo a la creación de departamentos jurídicos en ellas, que puedan laborar únicamente para la institución, por tal motivo deberán de adecuar su actuar a las necesidades que les sea requerido, pues en este sentido, no podrán modificar los procedimientos que se han establecido para el desempeño de su función. Es importante resaltar lo que se estipuló en referencia, en el caso de la violación que existe en este principio, sobre los documentos privados con legalización de firmas, esto se da porque el documento llega al poder del Notario para poder legalizarlo, aunque en estos documentos el Notario únicamente es responsable de las firmas, más no del contenido del documento, ya han sido firmados por los clientes bancarios, es decir, que se han firmado en agencias departamentales y se han agotado todos los procedimientos anteriores a su legalización, en este sentido, existe una violación que puede traerle consecuencias al Notario, pues no conoce de las partes y no sabe si efectivamente las partes que comparecen en el contrato son las que firmaron el documento, de la misma manera puede suceder con las escrituras de créditos prendarios e hipotecarios, pues en muchas ocasiones, las escrituras viajan a agencias para que los clientes puedan firmarlas, motivo que provoca la violación del principio de intermediación notarial, pues no ha existido contacto alguno del notario con el deudor, o futuro deudor.

Se puede concluir en esta interrogante, que la violación al principio de intermediación notarial ocurre con frecuencia, en los contratos que han sido autorizados en instituciones bancarias, pues el contacto que el Notario tiene con las partes, en ocasiones es hasta el momento de la firma del instrumento público, si es que se apersona cuando le es requerido, suele suceder que las escrituras sean enviadas a las agencias para ser atendidos por los ejecutivos de créditos, quienes tienen la responsabilidad de poder constatar que efectivamente los firmantes, son las

personas que aparecen dentro del cuerpo del instrumento, realmente la violación a este principio también sucede cuando el Representante Legal va a firmar, pues en todos los casos, luego de la firma del deudor, los documentos son trasladados a las oficinas de los Representantes del banco, de modo que no es el Notario el que se apersona a dicho cometido, ni ellos acuden a la sede notarial dentro de la misma institución para poder firmar los documentos, sino son enviadas atendiendo a los procedimientos que establecen dichas entidades. También hay que mencionar que en este procedimiento, el principio de unidad de acto no se da, pues este pretende que todas las actuaciones, sabiendo que el artículo 42 numeral 8 establece como requisito esencial el cumplimiento de que las etapas se realicen en un solo acto.

Cuarta pregunta: ¿Quién a su criterio es el responsable del cumplimiento del principio de intermediación notarial?

El primero manifestó: Considero que ambos porque, existió una intención por parte del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y también de parte del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, con el objeto de solicitar a las instituciones bancarias de que contribuyeran con esto que se denomina violentar el principio de intermediación notarial, pero en ese entonces solo le decían que contribuyeran con el hecho de que se mantuviera la fe pública y que se firmara frente al notario para evitar cualquier responsabilidad posterior que incluso podría afectar al propio banco, no necesariamente al cliente o al notario, sino al propio banco por no cumplir con este principio, pero repito el acomodamiento de las instituciones financieras y bancarias pesó más y se fue quedando la práctica que desde cualquier punto de vista sigue siendo riesgoso, la responsabilidad sigue siendo de ambos también.

El segundo enunció: A mi criterio todas las personas involucradas tienen un grado de responsabilidad, ya que se debe de exigir el cumplimiento del principio de intermediación notarial para que los contratos tengan eficacia jurídica, pero el Notario tiene mayor responsabilidad ya que debe de exigir la presencia de las partes contratantes para que él pueda autorizar el contrato y las instituciones bancarias o financieras darle el verdadero valor a la intervención del notario.

El tercero determinó: El notario es el responsable del cumplimiento, pero la ley tan ambigua y arcaica que rige el que hacer notarial, priva al notario de los recursos para que lo haga cumplir.

El cuarto opinó: A mi criterio el único responsable directo es el Notario. El Notario lo es por la fe pública de que dota al contrato que está autorizando, ya que la entidad financiera o bancaria se convierte en otorgante al igual que el cliente deudor.

El quinto expresó: Ambos, para darle certeza jurídica al instrumento y de esta forma evitar problemas posteriores que resulten en una nulidad del acto o contrato

El sexto concretó: El responsable de velar por el cumplimiento de este principio es el Notario, sin embargo la no observancia del mismo no es producto de una deficiente asesoría por parte del Notario, sino más bien del sistema. El Notario no tiene más opción que efectuar el instrumento público de conformidad con las estipulaciones de la institución financiera o bancaria.

El séptimo fundamentó: El Notario

El octavo aseveró: El Notario, como concedor del Derecho

El noveno estableció: El Notario

El décimo determinó: Es el Notario a quien se le deposita la fe pública notarial.

La importancia que debe tener el cumplimiento del principio de intermediación notarial, requiere que exista una buena fe dentro del contrato que se va a autorizar, para ello es necesario que las partes puedan manifestar su voluntad, que puedan expresar su consentimiento en cada una de las cláusulas que se vayan a redactar, de manera que el Notario debe realizar dicha labor para poder establecer la legalidad del negocio jurídico, atendiendo a ello, en la interrogante planteada se pretende establecer sobre quien recae, o quien es la persona o entidad responsable en el cumplimiento de este principio, pues en la concepción de este problema ha sido tomada de diferentes puntos de vista, estableciendo que existe responsabilidad por

parte del Notario como de las instituciones bancarias, el Notario es el funcionario que por mandato que proviene del Estado, es decir que el notariado contiene las etapas de escuchar, interpretar, aconsejar a las partes, preparar, redactar, certificar, autorizar, conservar y reproducir el instrumento, con lo que se puede establecer que la intermediación notarial, va encaminada a una función neutra, función imparcial, que pueda ayudar a las partes en el desarrollo y autorización del negocio jurídico que pretenden llevar a cabo, puesto que pretenden salir favorecidas ambas partes, en este contexto, como ya se mencionó, el concededor del Derecho es el Notario, como responsable de todas sus actuaciones, es necesario que exista una normativa que pueda regular esta actividad, a esto se le puede agregar lo que explicaba uno de los entrevistados, pues de parte del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, se presentó una iniciativa de ley denominada Ley de Notariado, en la que se pretendía tocar puntos relevantes en cuanto a temas relacionados con el notariado, en lo particular y analizando dicha normativa, que nunca cobro vigencia, y específicamente el artículo 55 que literalmente establecía: **“Artículo 55. Exigencias en cuanto a la firma.** Cuando el documento no sea firmado en el mismo acto por todos los comparecientes, siempre que, por su naturaleza o por disposición legal, no se deba firmar en un solo acto, el notario irá asentando la razón “ante mí”, seguida por su firma, a medida que firmen los comparecientes; en cada caso se expresará la fecha. No se podrá modificar el texto después de estampada la primera firma. Si dentro del plazo de treinta días posteriores al asiento del documento no se completan las firmas, el notario procederá a la inmediata cancelación del instrumento.” Esta disposición le daba al Notario la posibilidad de faltar al cumplimiento del principio de unidad de acto, más no del principio de intermediación notarial, pues requería que estuviera en presencia de las partes para poder firmar el instrumento, otorgándole la facultad de cancelar en caso no se apersonaran a firmar el documento. De esto se puede encuadrar que los casos que fueren autorizados en instituciones bancarias, pudieran tener mejor regulación en este aspecto, pues primero firmaría el cliente o deudor y posteriormente el Representante Legal.

Se llegó a la conclusión, que el cumplimiento de este principio también es responsabilidad de las instituciones bancarias, debido a la mala utilización de los procedimientos, en cuanto a la regulación de este aspecto, ya que dichas entidades son las que crean sus propios procesos para poder adecuarse a la necesidad de las personas, además de la gran demanda y competencia que existe en el sistema financiero, pues las personas recurren a una entidad bancaria que le proporcione los medios que estén a su alcance, y en situaciones por la necesidad de recurrir a créditos para obtener sus propios recursos, pues a través del financiamiento les es más fácil obtenerlos, en este sentido, las instituciones bancarias se han acomodado y han olvidado el cumplimiento de este principio, incluyéndolo dentro de sus propias normativas.

En conclusión, es el Notario quien tiene la responsabilidad del cumplimiento de este principio, pues es la persona que ha sido instruida en su carrera para ejercer la profesión de manera coherente y apegada a las leyes y normativas que han sido creadas en Guatemala, por lo tanto, su responsabilidad es estar en cada una de las etapas en la autorización de los contratos. Con ello no quiere decir que su asesoría sea deficiente, pues es quien debe adecuarse a las instituciones bancarias.

Quinta pregunta: ¿Cuáles serían a su criterio los efectos para el instrumento público al comprobarse que existe violación al principio de intermediación notarial?

El primero justificó: Evidentemente existe la alta posibilidad de que el instrumento público sea impugnado por no cumplir con las formalidades esenciales de los instrumentos públicos que están contenidas en los artículos 29, 30 y 31 del Código de Notariado, entonces existe la posibilidad en un momento dado hablar de nulidad relativa y quizá en el peor de los casos hablar de una nulidad absoluta.

El segundo opinó: Los efectos serían demandar la nulidad del instrumento público ya que el notario no estuvo presente y no existió fe pública, no existe certeza ni

seguridad jurídica y podría también atacarse la falsedad de dicho instrumento público.

El tercero estableció: Pero yo pregunto, cómo puede alguien comprobarlo? Si se presume que no se cumple con el principio, eso sí, pero aun así, el instrumento no deja de surtir sus efectos. El otorgante deudor es a quien le competiría alegar el quebrantamiento del principio, pero él está más interesado en obtener el servicio que la institución bancaria le está otorgando.

El cuarto expresó: A mi juicio para comprobar que realmente no existe intermediación, ha de haber un juicio en el que se haya indagado sobre este aspecto particular: a) por ejemplo si después de practicado un examen grafo técnico o un examen dactiloscópico en un juicio ordinario en el que se concluye que la firma o impresión dactilar no fue puesta por alguna parte, se podría reclamar en la vía civil la nulidad absoluta y reparación de daños y perjuicios y en la vía penal perseguir al Notario por el delito de falsedad material. b) Si se comprueba en un juicio de que la declaración sufrió un vicio pero la firma del deudor es la que corresponde al igual que la del acreedor precedería una nulidad relativa.

El quinto determinó: Los efectos que podrían surgir para el instrumento público podría ser la nulidad relativa.

El sexto enunció: Siguiendo un criterio bastante legalista, de comprobarse la violación a este principio el instrumento público no debería de producir efectos legales, en virtud de lo siguiente. a.) El Notario está dando fe de que las partes contratantes comparecieron ante su presencia, situación que es totalmente falsa, y b.) Porque no existe la certeza de que la firma que aparece consignada en el documento sea de la persona que según el documento compareció a celebrarlo. Sin embargo, y no como una justificación, sino únicamente como un punto a tomar en cuenta, el hecho de concebir como nulos toda esta clase de documentos generaría grandes daños y perjuicios a las instituciones financieras, pero principalmente a los

particulares, quienes tendrían que acudir a otros medios con tasas de interés mucho más elevadas para obtener créditos; ya que sería improbable pensar que el representante de una institución bancaria pudiera acudir personalmente ante todas las Notarías a celebrar los contratos de su representada, haciendo totalmente imposible la celebración de contratos con instituciones que efectúen grandes cantidades de negocios jurídicos.

El séptimo manifestó: Los efectos serían nulos

El octavo determinó: Podrían ser varios, pero principalmente en el caso que no firme la persona identificada en el instrumento público, y el notario por no estar presente no lo verifique, lo cual genera una nulidad del instrumento, por ser requisito esencial para su validez de acuerdo al artículo 31 del Código de Notariado.

El noveno opinó: Deviene una nulidad por vicio del procedimiento y falsedad material ya que el Notario no le constan las firmas en su presencia o que les fue leído el instrumento a las partes.

El décimo manifestó: El Notario debe de estar en contacto con las partes y con los hechos y actos que se producen, de eso da fe, tenemos un notariado latino, la fe pública no se puede delegar.

En esta interrogante se habla específicamente sobre los efectos que puede producir la violación al principio de intermediación notarial, como ya fue expuesto anteriormente sobre la violación de este principio, si se da y de que manera se da en las instituciones bancarias, así como quien es el responsable de velar por el cumplimiento del mismo, en tanto que las consecuencias que se pueden obtener para el instrumento público, han sido expuestas por los notarios que se han entrevistado. Es por ello que la impugnación de un instrumento público, tomando en cuenta que es aquel que cumple con las solemnidades que la ley establece, y que ha sido autorizado por un Notario que posea la facultad de la fe pública que el Estado le ha encomendado, puede ser por los requisitos esenciales que regula el Código de

Notariado, en los artículos 29, 30 y 31, pues los mismos establecen que para lograr el perfeccionamiento del contrato, es necesario que puedan ser tomados en cuenta, de manera que la falta de uno de ellos dará lugar a la falta de seguridad y certeza jurídica en el negocio que se está realizando, a esto se le debe añadir que la no presencia del Notario en el otorgamiento de los actos o contratos, puede desencadenar una serie de circunstancias que pueden atacar el fondo de la escritura, de tal manera que la mayor parte de entrevistados establecían dentro de su respuesta la nulidad del instrumento público, pues si el Notario no está en presencia de las partes, no puede existir la fe pública, no puede haber claridad al establecer la voluntad de las partes, el consentimiento de todo el contenido del mismo, que puede traer como consecuencias vicios del consentimiento, pues el Notario no escucho a las partes, no las asesoro y no tuvo contacto alguno con ellas, por lo tanto el instrumento autorizado, se ha realizado en base a los formatos y con las cláusulas que han establecido las instituciones bancarias, pues son ellas quienes determinan el contenido de las mismas, dejando en ello, que las personas que requieren de un crédito de esta naturaleza, deban acoplarse o adherirse a dichas clausulas sin poder solicitar el cambio en alguna de ellas. Cabe mencionar y analizar lo que un entrevistado estableció, pues si bien es cierto que las partes no están en presencia del Notario, el Representante Legal de la institución bancaria, no tendría por qué solicitar y probar ante alguna autoridad competente la violación de este principio, pues es de su conveniencia seguir los procedimientos ya establecidos, lo que le interesa a él es logra la mayor captación de clientes en el ámbito económico, entonces no tendría por qué hacerlo, caso contrario, los deudores sí tendrían la facultad de poder exigir el cumplimiento de dicho principio, pero claro está que su interés no es buscar errores que puedan darse en las actuaciones internas de los bancos, sino su fin primordial es la obtención del capital necesario para poder obtener los ingresos para el destino señalado.

Con esto se puede concluir que los efectos para el instrumento público, pueden ser desde la nulidad relativa hasta la nulidad absoluta del mismo instrumento, pero cabe destacar que la mayor parte de personas que requieren los servicios de un banco, no

buscan perjudicarse ellos ni mucho menos causar un daño a estas instituciones, pues la mayoría busca como obtener una fuente de ingresos que pueda servir a la adquisición de bienes como a la obtención de capital de trabajo que será utilizado para aumentar el crecimiento de sus negocios, o en caso contrario, buscan el capital necesario para obtener un bien inmueble o bienes muebles, éste es el verdadero sentido, sin embargo, apegados a las leyes y normas establecidas, si podrían surgir efectos jurídicos que afecten la esencia del instrumento autorizado, claro está que deberá ser comprobado ante la autoridad judicial correspondiente.

Sexta pregunta: ¿A su criterio el documento adolece de nulidad, de que tipo?

El primero determinó: En principio podría ser una nulidad relativa pero si se analiza el fondo de lo que ha ocurrido, como por ejemplo que se etiquete de esta manera, que se ha violentado el principio de intermediación notarial, entonces esto significa que no se ha impartido la fe pública como corresponde y esto significa como consecuencia de que se podría llegar incluso a una nulidad absoluta.

El segundo afirmó: La nulidad absoluta o relativa es del acto o contrato en si (el negocio jurídico) el que adolece de algún tipo de vicio, en este caso se trataría de una nulidad de forma, de una nulidad por que el notario no observó una formalidad, que sería estar presente al momento de la autorización de contrato.

El tercero concretó: Para que exista o se quiera invocar un acto nulo, debe de existir u perjuicio para tercero, y en este tipo de contratos que están otorgando un servicio solicitado por el deudor, no hay perjuicio, obviamente si se observaron los antecedentes necesarios previos a la autorización del instrumento público.

El cuarto manifestó: Según lo expuesto en los incisos a) y b) de la interrogante anterior a mi criterio dependiendo el caso pueden proceder tanto la nulidad absoluta como la relativa.

El quinto expresó: Nulidad relativa, pues se violenta el principio doctrinario de intermediación.

El sexto fundamentó: No podría ser una nulidad relativa debido a que el supuesto no encuadra dentro de los mencionados en el artículo 1303 del Código Civil; por lo tanto el instrumento público adolecería de nulidad absoluta debido a que no concurren los requisitos esenciales para su existencia, los cuales se encuentran regulados en el Código de Notariado. Es importante mencionar que el principio de intermediación notarial como tal, no lo regula el Código de Notariado expresamente como requisito esencial para la validez de un instrumento público; sin embargo al establecer en el numeral segundo del artículo 31 de dicho cuerpo legal que se debe consignar el nombre y apellido de los otorgantes, no se debe entender únicamente como el que aparezcan en un documento dichos datos, sino que esto implica que el Notario debe cerciorarse de que la persona que le presenta su documento de identificación, es quien comparece, es decir deben comparecer físicamente los contratantes. Así mismo el numeral sexto del mismo artículo menciona lo relacionado con las firmas, esto también implica que el Notario observe que las personas consignen su firma en el documento, no únicamente que aparezcan las firmas en el instrumento público.

El séptimo aseveró: Nulidad Absoluta por tratarse de un requisito no esencial, pues estos principios no se encuentran regulados tácitamente las leyes guatemaltecas.

El octavo apreció: Si no fuera la firma del otorgante, nulidad absoluta.

El noveno opinó: Nulidad absoluta, son requisitos esenciales del instrumento público.

El décimo concluyó: La nulidad que es importante es la nulidad de forma para el Derecho Notarial, y la de fondo es la que ataca el negocio o contrato contenido en la escritura, cuando en los instrumentos públicos se consigna Ante Mí, esta palabra recoge el principio de intermediación notarial que en algunos casos sino se cumpliera cuestión que se sabe solo por que se ataca la nulidad de fondo.

Lo que se busca con esta interrogante es establecer, a criterio de los entrevistados, la gravedad que puede causar la violación al principio de intermediación notarial, en los contratos que han sido ya autorizados, de manera que plasmaron sus conocimientos y su forma de concebir que exista incumplimiento por parte del Notario en este tema, Determinando diferentes puntos de vista ya que la nulidad que podría tener el documento autorizado, pueda ser una nulidad relativa y atendiendo a ello el autor Joel López establece: “es aquella que se surge cuando se omite algún requisito esencial de forma de los contenidos en el artículo 31 del Código de Notariado, si el Notario omite uno o más de estos requisitos en la escritura pública, se da la acción de anulabilidad o nulidad relativa, la doctrina, como sabe el distinguido lector, estableció que anulabilidad o nulidad relativa, es la subsanable.”⁷² En este orden de ideas, el incumplimiento de este principio puede asegurar la nulidad relativa del instrumento autorizado, pues no dejaría de surtir sus efectos, salvo que se probara lo contrario, estableciendo que la parte deudora no fue quien plasmo su firma dentro del contrato, lo que traería consecuencias de tipo penal para el notario, tema que se abarcará en el siguiente cuestionamiento, en este sentido, los profesionales entrevistados, manifestaron que la nulidad relativa surge del incumplimiento de una formalidad, pues no es un requisito que la ley establece, sin embargo, es la forma en la cual se debe realizar el acto o contrato, debido a que lo que pretende el Notario es dar fe de todo lo que se le ha expuesto. Esta situación podría empeorar, al determinar que existe alguna violación a los requisitos esenciales, o aquellos requisitos que no pueden ser obviados para el ejercicio del notariado, pues de comprobarse esto, el documento puede ser redargüido de nulidad absoluta, tal como lo establece el actual Código de Notariado. Aquí existe una discusión en cuanto a que tipo de nulidad, pero habría que determinar la gravedad de la falta, es decir, poder resaltar cuál es el motivo por el cual el instrumento público está siendo indagado por una de las partes, es en ese momento en el que se puede determinar la nulidad o anulabilidad del contrato, pues de otra manera no se puede suponer

⁷² López Santizo, Joel Isaí. “Nulidad y anulabilidad de la escritura pública y del negocio jurídico.” Guatemala. Pág. 39

dicho caso, si no ha sido estudiado y llevado a la instancia judicial respectiva, que pueda probar dicha situación.

El Notario, autoriza el contrato requerido, de ello debe dar fe, de esta manera el Código de Notariado establece, que se debe colocar la palabra Ante Mí, porque este es el requisito que establece que el Notario estuvo presente en todas las fases de su autorización.

Séptima pregunta: ¿Cuáles serían a su criterio las consecuencias jurídicas que podrían generar la violación al principio de inmediación notarial?

El primero manifestó: Me parece que puede generar una grave consecuencia incluso para la propia institución bancaria, porque el cliente máxime con los medios tecnológicos que existen hoy en día puede manifestarse ante la instancia judicial correspondiente con alguna prueba científica en la que comparece él a firmar el documento frente al notario y no hay nadie más firmando el documento, entonces quien puede tener la repercusión más importante podría ser el banco, por lo que, sugiero a las instituciones financieras y bancarias, buscar el mecanismo para que se elimine este riesgo que implica que el representante legal, nunca firme frente al notario, me atrevo a decir nunca, porque yo creo que es en la mayoría de los casos, hay instituciones bancarias que si han abierto sus puertas y han evitado este riesgo, hay excepciones de entidades que han nombrado representantes legales que si tienen esa apertura para poder firmar frente al notario, quizá allí es otro principio que no se está cumpliendo que es por ejemplo el de unidad de acto, pues evidentemente uno firma primero y el otro después, pero lo importante sería que ambos firmaran ante el notario que sería la cuestión que no causaría ninguna duda y ninguna inseguridad para lo que es el acto.

El segundo estableció: Para el contrato su nulidad y el notario podría incurrir en responsabilidad civil, pena y de índole gremial o disciplinaria.

El tercero aseveró: Basados en nuestro actual Código de Notariado, la inobservancia de sus normas y la falta o inexistencia de reformas precisas al tema, no veo ninguna consecuencia, las lagunas legales han provocado costumbres malas pero que al final se hacen y es del saber general de las mismas.

El cuarto determinó: 1. Dar lugar a demandar la nulidad absoluta o relativa, según sea el caso. 2. Dar lugar a denunciar de falsedad material, de comprobarse que la firma no fue puesta por alguna parte. 3. Si se comprobare la existencia de la comisión del delito por infringir el principio de intermediación con una sentencia firme ejecutoriada, corresponde la suspensión del Notario para el ejercicio de su profesión. 4. Aunado a lo anterior considero que existiría una infracción grave a los postulados del Código de Ética Profesional, y que la reputación del Notario sería degradada.

El quinto concretó: para el Notario inhabilitación para ejercer; para el banco reparo de la Superintendencia de Bancos.

El sexto fundamentó: Las consecuencia jurídica claramente devienen de lo ya manifestado, es decir si el contrato se considera nulo, el mismo no surte efectos legales y no nace a la vida jurídica.

El séptimo expresó: La consecuencia jurídica sería producir la nulidad del instrumento público por falta de cumplimiento de los requisitos esenciales, debido a que no podría darse fe de haber firmado en el mismo acto y presenciado que las partes fueran las personas que tenían legitimación para otorgar.

El octavo opinó: La nulidad en cuanto al instrumento público y adicionalmente sanciones para el profesional del Derecho.

El noveno aseveró: La falta de eficacia ejecutiva del título que contiene el mutuo porque puede ser impugnado de nulidad.

El décimo concluyó: Este principio se debe imponer como obligatorio por la ley para que el Notario mantenga el mayor contacto con las partes, al momento de la

manifestación de voluntad que es uno de los requisitos esenciales del negocio jurídico y el fin último de la fe pública notarial.

Luego de haber determinado la importancia del principio de intermediación notarial, así como la violación del mismo en los instrumentos autorizados por notarios, que sean sobre contratos entre una persona (deudor) y una institución financiera, finalmente se llega al punto de establecer si existen o no consecuencias jurídicas, a qué persona afectaría y de qué manera lo lograría, por lo que fue necesario plantear la séptima pregunta a los entrevistados, pues de esta manera podemos afirmar si existe algún riesgo en el ejercicio de la profesión, el incumplir con este principio, que dicho anteriormente es fundamental para establecer la fe pública de las actuaciones por parte del Notario, por lo tanto, la mayoría de profesionales respondieron que efectivamente existe riesgo para el Notario, para el instrumento público autorizado y en ocasiones hasta las instituciones bancarias tendrían riesgo latente, la gravedad de obviar dicho principio, conlleva consecuencias de tipo penal para el Notario, pues de ser así y de probarse ante una autoridad judicial correspondiente, la actividad puede encuadrarse en el artículo 321 del Código Penal. “Quien, hiciere en todo o en parte, un documento público falso, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos a seis años.” Esto sucede si la parte demandante comprueba la falsificación en los documentos autorizados ante el Notario, hablando específicamente de la escritura de crédito hipotecario y prendario, pues puede establecerse a través de los medios tecnológicos necesarios, que la firma del deudor no corresponde a éste, por existir ausencia del Notario al momento de redactar el documento, pues como se dijo anteriormente, es fundamental que se encuentre presente previo, durante y después de la autorización del documento, debido a las dificultades que tiene el desempeño de la profesión, y la necesidad de poder escuchar la voluntad de las partes y su consentimiento en todo sentido. Como por ejemplo, en el caso de los créditos hipotecarios y prendarios, la entidad bancaria emite una resolución en donde autoriza el crédito al deudor, previo análisis que se realiza, pero desde esta instancia se puede identificar el problema planteado, porque en la mayoría de casos es la institución quien determina que Notario debe legalizar

dicho contrato, que regularmente son profesionales que laboran para estas entidades, aunque es preciso mencionar que existen instituciones bancarias de amplio prestigio, quienes permiten la libertad notarial y poseen Representantes Legales en los departamentos que cuenten con sucursales. A esto se le debe agregar que exista alguna sanción que provenga del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, en el presente caso, sería la inhabilitación para el ejercicio del notariado, pues constituye una falta grave a la ética de esta profesión.

En tal motivo, el instrumento público puede también tener consecuencias jurídicas, pues la parte que se viera afectada en el incumplimiento de este principio, puede acudir a la instancia judicial correspondiente para poder establecer la nulidad o anulabilidad del documento, la responsabilidad y las consecuencias también pueden afectar a la institución bancaria, pues la falta de procedimientos apegados a las leyes guatemaltecas y que impliquen un cumplimiento estricto en este sentido, además de la pobre supervisión de estos aspectos en el ámbito notarial, porque se requiere de un control ampliamente contundente que ayude a velar por el cumplimiento de estos preceptos, lo que también puede darse por la falta de regulación legal y existir lagunas legislativas que no puedan regular esta actividad, tomando la iniciativa los profesionales del Derecho para poder encontrar las soluciones que favorezcan su actuar y puedan promover la protección en las instituciones bancarias.

CONCLUSIONES

1. Es importante el estudio del Derecho Notarial, pues la función que el notario desempeña dentro de la sociedad, lleva implícita la fe pública que el Estado ha encomendado en éste, por lo que su actuar deberá ser apegado a derecho y conforme las normas de la ética, que va de la mano con las normas que han sido creadas para fundamentar la funcionalidad notarial.
2. El cumplimiento de los principios del Derecho Notarial, en la función notarial en particular, establecen la consumación de las diferentes etapas que debe tener en cuenta el Notario al momento de autorizar un contrato, teniendo en cuenta que si se cumple a cabalidad con cada uno de ellos, el negocio jurídico celebrado a través del instrumento público, tendrá la fuerza legal que necesita para su cumplimiento, hasta alcanzar su perfeccionamiento.
3. La falta de regulación legal en algunos aspectos notariales, ha hecho que el Notario, en el ejercicio de su función, pueda recaer en error u omisión de requisitos que pueden afectar la validez esencial de un contrato, cualquiera que sea su naturaleza, pues no solo se trata de estar presentes en el momento del otorgamiento del instrumento público, sino, poder estar presentes de acuerdo al principio de unidad de acto, en todas las diligencias practicadas.
4. En el contexto actual, los Notarios se han acomodado en el ejercicio de la profesión del notariado, pues se deben acoplar a los preceptos que establecen las instituciones para las cuales laboran, en este caso, la adaptación que tiene que tener el Notario hacia las normas establecidas en los bancos, provocan el incumplimiento de muchos preceptos que son indispensables para lograr el perfeccionamiento del actuar notarial.

5. En el análisis sobre la existencia de consecuencias jurídicas que devienen de la violación del principio de intermediación notarial, en contratos de créditos prendarios e hipotecarios, se pudo comprobar que existen deficiencias en los procedimientos establecidos en las instituciones bancarias, lo que provoca que el Notario omita este principio, pero hay que mencionar que él es el encargado de velar por el estricto cumplimiento de los principios del Derecho Notarial, pues con ello se logra el perfeccionamiento del instrumento público autorizado.

6. La existencia de lagunas en las normas que regulan la autorización de los contratos en particular, comprende como uno de los motivos por los cuales se da la violación a este principio, pues el principio de intermediación notarial, juega un papel importante en el que hacer del Notario, reforzando con ello la fe pública al conferirle la seguridad y certeza jurídica de los documentos que han sido autorizados por el profesional del Derecho.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario la regulación del actuar del Notario, la actualización de las leyes que regulan dicha función, podría ayudar a lograr una mejoría en todos los ámbitos del Derecho Notarial, buscando regular el principio de intermediación notarial, que pueda ser efectivo en las instituciones bancarias al momento de utilizar los servicios del Notario, ya que el notario no puede negarse a prestar sus servicios a estas entidades.
2. El cambio de procedimientos internos en las instituciones bancarias, podría ayudar a reducir el incumplimiento del principio de intermediación notarial, logrando con ello establecer la legalidad y la seguridad que requieren las partes contratantes, evitando con ello poder alcanzar algún riesgo para la institución, de ser así, podría regularse de manera correcta en sus procedimientos internos.
3. Los Notarios que laboran para instituciones bancarias, deberían solicitar con el apoyo del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, una iniciativa que regule un ente supervisión encargado de velar por el cumplimiento de los principios del Derecho Notarial, en todos los contratos que sean elaborados para los bancos, de manera que pueda ser protegido tanto el cliente deudor como la misma entidad bancaria.
4. Inhabilitar la función de aquellos Notarios que se dedican a autorizar actos que estén encaminadas a cualquier tipo de fraude dentro del ejercicio profesional, si bien es cierto que existen profesionales que han utilizado de manera incorrecta esta función, que debe ser intachable, es necesario que puedan ser retirados del gremio notarial, para lograr con ello una función más justa y apegada a derecho.
5. Realizar conciencia hacia los Notarios, para que de alguna manera puedan salir del acomodamiento que han tenido en las entidades bancarias, que se ha tenido como una práctica común dentro de la función notarial, misma que puede ser

erradicada, tomando en consideración las distintas consecuencias jurídicas a las cuales se expone tanto el Notario, los clientes como la misma institución bancaria.

REFERENCIAS

a) Bibliográficas

1. Aguilar Guerra, Vladimir Osman. "Derecho de sociedades". Guatemala. Editorial Litografía Orión. 2ª edición. 2008.
2. Aguilar Guerra, Vladimir Osman. "Derechos reales". Guatemala. Editorial Litografía Orión. 2007.
3. Aguilar Guerra, Vladimir Osman. "El negocio jurídico." 6ª. Edición. Guatemala. Editorial Magna Terra Editores, S.A. 2008.
4. Aguilar Guerra, Vladimir Osman. "Los contratos civiles en particular" Guatemala. Editorial Serviprensa, S.A. 2009.
5. Argeri Antonio, Saúl. "Diccionario de derechos comercial y de la empresa." Buenos Aires Argentina. Editorial Astreas, Gráficas Minerva, 1982.
6. Brunetti, Antonio. "Sociedades mercantiles" Volumen 1. México. Editorial Jurídica Universitaria. 2001.
7. Cabanellas, Guillermo. "Diccionario enciclopédico de derecho usual" Tomo II. Buenos Aires, República de Argentina. Editorial Heliasta S.R.L. 1989. 21ª edición.
8. Cabanellas, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo III. Argentina. Editorial Heliasta S.R.L. 1989. 21ª edición.
9. Cabanellas, Guillermo. "Diccionario enciclopédico de derecho usual". Tomo V. Buenos Aires, República de Argentina. Editorial Heliasta S.R.L. 1989. 21ª edición.
10. Carral y de Teresa Luis, "Derecho notarial y derecho registral", 16ª edición, México, editorial Porrúa 2004.
11. Contreras Ortiz, Rubén Alberto. "Obligaciones y negocios jurídicos civiles (parte general)". 3ª. Edición. Guatemala. Editorial Serviprensa, S.A. 2013.
12. Diccionario Jurídico Elemental, editorial Heliasta S.R.L 1993.
13. De Buen Lozano, Néstor. "La decadencia del contrato" 2ª edición. México. Editorial Porrúa, S.A. 1986.
14. Díez Picazo, Luis. Antonio Gullón. "Sistemas de derecho civil". Volumen II. España. Editorial Tecnos, S.A. 1988. 5ª edición.

15. Ghersi, Carlos Alberto. "Contratos civiles y comerciales". Tomo I. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1992.
16. Gimenez Arnau, Enrique, "Derecho notarial español". España. Ediciones Rialp, S.A. 1964
17. Gracias González José Antonio. "Derecho Notarial Guatemalteco", segunda edición, Guatemala, editorial estudiantil Fénix, 2011.
18. López Santizo, Joel Isaí. "Nulidad y anulabilidad de la escritura pública y del negocio jurídico." Guatemala.
19. Martínez Gálvez, Arturo. "Derecho Bancario y Financiero". Tomo I, Guatemala, Centro Editorial VILE, 1988.
20. Matta Consuegra, Daniel. "Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala". Guatemala. Ediciones Mayté. 2005.
21. Muñoz Nery Roberto. "Introducción al estudio del derecho notarial", Guatemala, editorial Fénix, 2014.
22. Ossorio, Manuel. "Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales". Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta. 2007. 35ª edición.
23. Pérez Fernández Del Castillo, Bernardo. "Derecho notarial", México: Editorial Porrúa, S. A., 1987.
24. Piloña Ortiz, Gabriel Alfredo. "Recursos Económicos de Guatemala y Centroamérica". Guatemala 7. Edición. USAC. 2005.
25. Planiol, Marcel y Georges Ripert. "Derecho Civil, Parte C, Volumen 3" México D.F. Editorial Harla 1997; 3era Edición. Tomo 5.
26. Puig Peña, Federico. "Compendio de Derecho Civil Español, Tomo II Derechos Reales" Pamplona, España. Editorial Aranzadi. 1974. 2ª Edición.
27. Puig Peña, Fererico. "Compendio de derecho civil español." Madrid, España. Editorial Nauta S.A. 1976.
28. Ramírez, Daniel. "Derecho bancario y bursátil". Guatemala. Editorial Zona Gráfica.
29. Roca Sastre, Ramón M. "Derecho Hipotecario". Barcelona. Bosch casa editorial; 1954. 5ta edición. Tomo IV Hipotecas.
30. Ruiz Vadillo, Enrique. "Derecho civil, introducción al estudio teorico-practico". 16ª edición. Madrid, España. Editorial Ochoa Logroño. 1988.

31. Salas Oscar A. "Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá", Costa Rica, Editorial Costa Rica 1973
32. Sanahuja y Soler José María. "Tratado de Derecho Notarial" tomo I, España, Editorial Ilustrada 1945.
33. Valdés Costa, Ramón. "Curso de Derecho Tributario". Colombia, Editorial Temis, 2001, Tercera Edición.
34. Valiente Noailles, Luis M. "Derechos Reales" Buenos Aires, Argentina. Roque de Palma Editor; 1958.
35. Vásquez Martínez, Edmundo. "Derecho mercantil". Vol. 53. Guatemala. Editorial Universitaria. 1966.
36. Velásquez Ortiz, Carlos. "Derecho civil" Guatemala, 2001.

b) Normativas

37. Asamblea Nacional Constituyente de 1985, "Constitución Política de la República de Guatemala".
38. Congreso de la República de Guatemala, Código Civil, Decreto Ley 106.
39. Congreso de la República de Guatemala, Código de Notariado "Decreto número 314"
40. Congreso de la República de Guatemala, Código Penal "Decreto 17-73"

c) Otras referencias

41. Banco de Guatemala. Mario García Lara. Reseña histórica. Guatemala. 2002
<http://www.banguat.gob.gt/inc/ver.asp?id=/info/historica&e=125775> consultado 27-08-2016
42. Educación bancaria. "Las instituciones financieras" .s/p. 2012. Disponible en <https://educacionbancaria.wordpress.com/2012/10/26/52/> consultado el 28-08-2016

ANEXOS

Universidad Rafael Landívar
Campus de Quetzaltenango
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



Tesis: “Consecuencias jurídicas de la violación del principio de intermediación notarial en los instrumentos públicos de créditos hipotecarios y créditos prendarios autorizados en Instituciones Financieras y Bancarias”.

Nombre: _____ Rango de colegiado _____

Edad: _____ Años de ejercicio profesional _____

Entrevista

Instrucciones: A continuación se le formularán una serie de interrogantes, que se le solicita amablemente pueda responder de manera amplia. Sus respuestas serán de suma importancia para el desarrollo de la tesis “Consecuencias jurídicas de la violación del principio de intermediación notarial en los instrumentos públicos de créditos hipotecarios y créditos prendarios autorizados en Instituciones Financieras y Bancarias”, y las mismas serán utilizadas de forma confidencial y con fines estrictamente académicos. Desde ya, se agradece su colaboración al respecto.

1. ¿Considera importante para el ejercicio del notariado el cumplimiento de los principios doctrinarios del Derecho Notarial, por qué?
2. ¿Cuál es su postura en cuanto al cumplimiento del principio de intermediación notarial en la autorización de contratos?
3. ¿Considera que se violenta el principio de intermediación notarial en los créditos hipotecarios y prendarios que se autorizan en instituciones financieras y bancarias?
4. ¿Quién a su criterio es el responsable del cumplimiento del principio de intermediación notarial? Por qué?
_____ Banco _____ Notario _____ Ninguno _____ Ambos
5. ¿Cuáles serían a su criterio los efectos para el instrumento público al comprobarse que existe violación al principio de intermediación notarial?

6. ¿A su criterio el documento adolece de nulidad, de que tipo? Por qué?

_____ Absoluta _____ Relativa

7. ¿Cuáles serían a su criterio las consecuencias jurídicas que podría generar la violación al principio de inmediación notarial para el notario e institución bancaria?