

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

"LA TRANSACCION Y EL COMPROMISO COMO CONTRATOS QUE
PODRIAN RESOLVER CONTROVERSIAS Y SU FACCIONAMIENTO NO-
TARIAL"

TESIS

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

MARIA CELSA MENCHU ULIN

Previo a optar al Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y a los Títulos de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio de 1995

04
T (3010)
C 4

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

DECANO	Lic.	Juan Francisco Flores Juárez
VOCAL I	Lic.	Luis César López Permouth
VOCAL II	Lic.	José Francisco De Mata Vela
VOCAL III	Lic.	Roosevelt Guevara Padilla
VOCAL IV	Br.	Edgar Orlando Najarro Vásquez
VOCAL V	Br.	Carlos Leonel Rodríguez Flores
SECRETARIO	Lic.	Carlos Humberto Mancio Bethancourt

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL

DECANO (en funciones)	Lic. Manuel Vicente Roca Menendez
EXAMINADOR	Marco Tulio Castillo Lutin
EXAMINADOR	Edgar Enrique Lemus Orellana
EXAMINADOR	Ricardo Alvarado Sandoval
SECRETARIO	Hugo Haroldo Calderón Morales

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

RICARDO ALVARADO SANDOVAL

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

ABOGADO Y NOTARIO

BUFETE:

4a. Avenida 3-70 Zona 1

Tely Fax: 21429

1886-9508

Guatemala de la Asunción

7 de Junio de 1995

Licenciado

Juan Francisco Flores Juárez

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Decano:

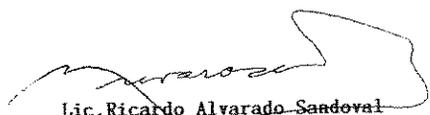
De conformidad con Providencia de fecha 7 Agosto 1990.

Respetuosamente informo a usted que asesoré el trabajo de tesis de la bachiller MARIA CELSA MENCHU ULIN DE LOPEZ intitulada "Faccionamiento Notarial de los Contratos que resuelven controversias".

El trabajo es claro y se consultaron las fuentes bibliográficas legales y de campo,lográndose un resultado que será de utilidad para los cursantes de Derecho Notarial IV en un punto de su programa.Sustentando el criterio que debe ordenarse su revisión.

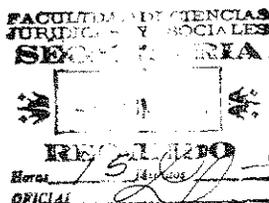
Con demostraciones de alta consideración y respeto,me suscribo atentamente.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"



Lic. Ricardo Alvarado Sandoval

Consejero de Tesis



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica

*Rec. B
18/VI/51*

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, junio doce, de mil novecientos novecicinco.---

Atentamente pase al Lic. MARIO ESTUARDO GORDILLO GALINDO,
para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la Ba-
chiller MARIA CELSA MENCHU ULIN DE LOPEZ y en su oportu-
nidad emita el dictamen correspondiente.-----

[Handwritten signature]

alht



[Large handwritten signature]



Alvarez, Gordillo, Mejía, Asociados

Lic. Mario Estuardo Gordillo Galindo
ABOGADO Y NOTARIO

2112-95

Guatemala, 26 de junio de 1,995.-

Lic. JUAN FRANCISCO FLORES JUAREZ
Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



Señor Decano:

En atención a la providencia de fecha doce de junio del año en curso, en virtud de la cual se me encomendó revisar el trabajo de tesis de la Bachiller MARIA CELSA MENCHU ULIN DE LOPEZ, me permito informar a usted:

- a) Que atendiendo la naturaleza del trabajo de investigación se convino con la Bachiller Menchú Ulin de Lopez, modificar el título del trabajo, quedando el mismo como "LA TRANSACCION Y EL COMPROMISO COMO CONTRATOS QUE PUDIERAN RESOLVER CONTROVERSIAS Y SU FACCIÓNAMIENTO NOTARIAL".
- b) En el trabajo de mérito se analizan los contratos de transacción y compromiso, su naturaleza jurídica, la forma como pueden resolver controversias y la forma de faccionarse notarialmente;
- c) Estimo al igual como lo indica el señor asesor de tesis, que la investigación realizada es clara, actualizada y la misma puede ser un medio de consulta para estudiantes de los cursos de Derecho Civil y Derecho Notarial,
- d) Por todo lo anterior, es que puede ordenarse su impresión y ser discutida en el examen público correspondiente.

Sin otro particular, atentamente;

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

[Handwritten signature]
Lic. Mario Estuardo Gordillo Galindo
Revisor

Mario Estuardo Gordillo Galindo
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, julio cinco, de mil novecientos novecicinco.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la Bachiller MARIA CELSA MENCHU ULIN DE LOPEZ intitulado "LA TRANSACCION Y EL COM - PROMISO COMO CONTRATOS QUE PUDIERAN RESOLVER CONTROVERSIAS Y SU FACCIONAMIENTO NOTARIAL". Artículo 22 del Reglamento para Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis. ----

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]

ACTO QUE DEDICO

A: DIOS y MARÍA santísima

A: MI Patria Guatemala

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de San Carlos de Guatemala

A: Mis Padres:

Miguel Lorenzo Menchú Santizo

Manuela Eufemia Ulín Elías de Menchú

A: Mi esposo:

Licenciado Juan Carlos López Pacheco.

A: Mis hijas:

Karla María

Dunia Gabriela Ivanova

Nadhia Alejandra

A: Mis hermanos:

Jesús Isabel, Gregoria Magdalena, Juan Valerio,

Francisco Santiago, Armando de Jesús, César Inés

y Rosa Amalia.

A: La Abuelita

Juana Reynalda Oroxón De León de Pacheco

A: Mis cuñados y cuñadas

A: Mis Sobrinos y Sobrinas

A: Lic. Mario Estuardo Gordillo Galindo; y

Licda. Patricia Eugenia Cervantes Chacón de Gordillo

A: Lic. Ricardo Antonio Alvarado Sandoval

Lic. Nery Roberto Muñoz

Lic. Jorge Mario Alvarez Quiros

Lic. Alfredo Eduardo Lürssen Barrios

Lic. Carlos Estuardo Galvez Barrios

Lic. Amilcar Velasquez Zarate

En agradecimiento a su ayuda y colaboración.

INDICE

Página

Introducción	
CAPITULO I	01
Generalidades	01
Faccionamiento Notarial	01
Faccionamiento	01
Controversia	03
Resolver	04
Negocio Jurídico	04
- 1o) Capacidad del Sujeto que Declara su Voluntad	05
- 2o) Consentimiento que No Adolezca de Vicio	05
- 3o) Objeto Lícito	07
Contrato	07
Clasificación General de los Contratos	08
CAPITULO II	09
El Instrumento Público	10
Concepto	10
Elementos Personales del Instrumento público	11
- Parte	
- Sujeto	
- Otorgante	
- Compareciente	
Clasificación de los Instrumentos públicos	11
Requisitos Generales del Instrumento público	11
Estructura Interna del Instrumento Público	17
Modelo de Escritura Pública	20
Fines del Instrumento Público	21
CAPITULO III	25
Del Contrato de Transacción	25
Generalidades	25
Concepto	25
Naturaleza Jurídica	26
Clasificación	28
Elementos	31

Continuación

Derechos No Susceptibles de Transacción	32
Regulaciones Especiales	32
Obligaciones que el Notario debe Cumplir	33
Algunos Modelos de Transacción	34
Modelo de Transacción en Escritura por Colisión de Vehículo	35
Modelo de Transacción en Escrito Dirigido a un Juez	36
Modelo de Escritura de Transacción con Representación	38
Modelo de Transacción Pura o Particional	40
Modelo de Transacción Compleja	42
Modelo de Transacción en Documento Privado con Firma Legalizada	43
CAPITULO IV	45
El Contrato de Compromiso	45
Contenido	46
Características	47
Elementos	47
Similitud con la Transacción	48
Diferencia con la Transacción	48
Clases	49
Clausula Compromisoria	50
Faccionamiento del Contrato de Compromiso	53
Modelo de Contrato de Compromiso	54
Obligaciones Posteriores	55
Antecedentes Legislativos del Arbitraje en Guatemala	55
Procedimiento Arbitral	56
Observaciones	57
Esquema del Procedimiento Arbitral	58
CONCLUSIONES	59
RECOMENDACIONES	60
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	61
NOTAS DE PIE DE PAGINA	63

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis, me permito desarrollarlo, con el objetivo de analizar, en forma sencilla, pero poniendo todo el cuidado necesario para que sea objetivo y analítico, lo relacionado con los contratos de Transacción y Compromiso, enfocando su naturaleza, elementos y formalidades de manera paralela, desde el punto de vista civil y notarial, esto último en cuanto a su faccionamiento y obligaciones para el notario derivado de la autorización de los mismos.

Otro de los objetivos que me impulsaron a desarrollar la presente monografía , esta en establecer como la función del notario dándole forma legal a la voluntad de las partes y aplicando el derecho objetivo condicionado a la voluntad de aquéllas, puede contribuir a resolver controversias en forma segura y racional, evitándole a los afectados prolongados y alambicados trámites judiciales.

Es importante hacer notar que en estos momentos en que se habla de un Proceso de Pacificación, a nivel Nacional, debe dársele atención también, a aquél sin número de controversias que constantemente se suscitan entre los particulares y saber que la legislación civil a través de la función notarial, pueda coadyuvar a la armonía de nuestra sociedad, poniendo de manifiesto el importante papel del Notario y descongestionando el exceso de juicios en los tribunales.

En el presente trabajo, me permito también hacer relevante la magnitud de la responsabilidad que el notario asume al autorizar lo contratos de Compromiso y Transacción, pues de su habilidad y preparación, depende que los mismos cumplan esa finalidad de armonía.

Por último, espero, que a pesar de que mi trabajo es sencillo, contribuya en mínima parte a estudiantes y profesionales del derecho, a contar con material como medio de consulta, y desde ya agradezco a quienes se interesen en leerlo, pues será bienvenida la crítica constructiva sobre el mismo.

CAPITULO I

GENERALIDADES:

Para el presente estudio consideré importante previo a analizar lo relativo al faccionamiento notarial de los contratos que resuelven controversias, analizar semánticamente uno por uno los términos básicos de la presente monografía, con el objeto de lograr un concepto objetivo, con la ayuda de lo que los tratadistas más connotados consideran.

Al respecto veamos entonces cada uno de ellos, para tener si no un conocimiento profundo, al menos general de dicha terminología:

FACCIONAMIENTO NOTARIAL:

Faccionamiento:

El término faccionamiento, es muy usado dentro del ámbito notarial, y considero que es un término moderno; y el cual puede interpretarse como sinónimo de cartular, que es la acción de escriturar, aunque este último, o sea cartular, se refiere a la acción de redactar o crear y autorizar el instrumento público en el Registro Notarial, y faccionar se refiere, no sólo a redactar o crear los instrumentos públicos en el Protocolo, sino también abarca a los instrumentos públicos que van fuera del protocolo, como son: la actas notariales, autenticas de firmas y copias de documentos.

Al respecto del término faccionar la legislación notarial guatemalteca, no lo contempla, sólo indica qué contendrán los instrumento públicos, en los artículos 29, 31, 42 al 50 del Código de Notariado, sin embargo si hacemos aplicación del artículo 11 del Decreto 2-89 del Congreso de la República, Ley del Organismo Judicial, el que en su parte conducente establece: « El idioma oficial es el Español. Las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente...» Con dicho fundamento me permito recoger lo que para el efecto el Diccionario de la Real Academia Española, en el tomo I, página 626, establece: faccionar: dar figura o forma a una cosa.»

Partiendo de la premisa que el notario es creador del instrumento público, o sea que el Notario le da figura o forma al Instrumento Público, y a esa acción de

1 Diccionario de la Lengua Española
vigésima edición, Tomo I, 19984.
Impresos en España, Talleres Gráficos
Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid, España

crear el Instrumento Público, se le denomina faccionar, entonces con esta base se puede concluir diciendo que: desde el punto de vista jurídico-doctrinario, no hay una definición del término faccionar, sin embargo, del análisis realizado diré que faccionamiento notarial es: La creación, redacción o estructura que el notario hace del instrumento público, redactándolo de conformidad con los requisitos de forma, de fondo, técnico y tributarias que establecen las leyes aplicables a cada caso en particular, donde quedaría plasmada la voluntad de las partes.

La obligación del notario de cumplir con dichos requisitos al faccionar los instrumentos públicos, se deriva a que en el sistema notarial latino, el que es aplicable en nuestro medio, entre otros tiene la característica de que el notario es un perito en derecho, y como consecuencia, durante su preparación técnica y jurídica adquiere los suficientes conocimientos para recibir, interpretar y darle forma legal a la voluntad de las partes.

El notario guatemalteco, con fundamento, razonamiento y base jurídicos, crea los instrumentos públicos, de ahí que encontramos la definición de instrumento público que dice que: «El instrumento público es el documento creado por notario, en el que se hacen constar hechos, negocios jurídicos, manifestaciones de voluntad y declaraciones de consentimiento.» Jiménez Arnau, lo define así: «Documento Público, autorizado por notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos»²

El código de notariado guatemalteco, establece en los artículos 29 y 31, los que analizaremos más adelante, y que contienen los requisitos esenciales que debe contener el instrumento público, sin perjuicio de que hubiere regulado en otros preceptos jurídicos, otros requisitos especiales que debe de observar y tener presente el notario en el faccionamiento de los contratos, negocios jurídicos, declaraciones de voluntad, en el caso de testamento o donaciones por causa de muerte, artículos 42 al 45 del Código de Notariado; constitución de sociedades, artículos: 46, 47, 48, del Código de Notariado; constitución de hipotecas de cédulas, artículo 49 del Código de Notariado; y escrituras cuyas obligaciones se garanticen con prenda agraria o industrial, artículo 50 del Código de Notariado. Así mismo debemos de tomar muy en cuenta que como consecuencia de la autorización del instrumento público, el notario, debe de cumplir o exigir que se cumplan ciertos elementos como por ejemplo: impuestos (timbre, valor agregado, herencias legados y donaciones), como profesionales (timbre notarial), inscripción en los registros públicos. avisos notariales, razón en los documentos que le han

² Jiménez ez Arnau, Enrique,
Derecho Notarial, pagl. 403
Edit. Univ. de Navarra, S.A.
Panplona, España.

servido para acreditar el o los derechos que se ejercen, expedición de testimonio y testimonio especial (para las partes, el primero y para el Archivo General de Protocolos, el segundo).

Por ejemplo, si en un contrato de transacción, se garantiza la obligación con hipoteca, dicho contrato no prestaría la seguridad que se espera si no se inscribe el testimonio de tal instrumento en el Registro correspondiente, y aún más, si el notario no vela por que se cumpla con la tributación respectiva o no consigna el fundamento jurídico que le ampara de exención de impuesto, dicho testimonio no sería inscribible, al menos mientras no se subsanen tales circunstancias.

Se ve entonces como el Principio de Seguridad Jurídica, se cumple y es justamente lo que se persigue al facultar al Estado a otorgarle la FE PUBLICA, ya que uno de los deberes del estado es garantizar la seguridad jurídica a los habitantes de la República. Artículo 2 de la Constitución Política de la República.

Así a grandes rasgos vemos que el faccionar un instrumento público no conlleva únicamente el hecho de redactarlo o crearlo, sino que también implica del conocimiento de las obligaciones previas, simultaneas y posteriores, que el notario debe de cumplir o debe advertir a los sujetos que cumplan, puesto que éste en un momento determinado, como en el caso del ejemplo que vimos en el párrafo anterior, complementa y garantiza la seguridad jurídica para los sujetos o partes de la relación notarial, que lógicamente serán los sujetos de la relación de derecho.

CONTROVERSIA

El autor Guillermo Cabanellas, define en una forma sencilla de entender la palabra controversia, y preceptúa que controversia: « es una larga y porfiada discusión. Pleito, litigio. »³

El tratadista Manuel Ossorio, la define en términos similares indicando, que controversia es: « Larga discusión, polémica. Litigio. »⁴

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define el término así: « del Lat. controversia. f. Discusión larga reiterada entre dos o más personas. Especialmente su aplicación a las cuestiones de religión. »⁵

Partiendo de las anteriores definiciones y para el efecto del trabajo de tesis que desarrollo, puedo definir la palabra controversia diciendo que: « Es sinónimo de pleito, litigio la cual se provoca cuando existen derechos subjetivos en conflicto, entre dos o más personas, los cuales pueden referirse a los hechos objeto del debate o al derecho aplicable a aquellos. »

³ Cabanellas Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo II 14a. ad. Edit. Heliasta S.R.L. Buenos Aires Argentina.

⁴ Ossorio Manuel Dic. Ciencias Jurídicas Políticas y Soc. pag. 175 Edit. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina

⁵ Ob.Cit. Tomo I Pag. 373

RESOLVER

Conforme el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales, de Manuel Ossorio, resolver, en términos generales, significa: «Solucionar, decidir. Tomar una medida o determinación. Poner término a conflicto o problema.»⁶

Para el tratadista Guillermo Cabanellas, la palabra resolver quiere decir: «decidir, solucionar. Adoptar una medida, determinación o actitud. Aclarar una duda. Poner fin a un problema o conflicto, destruir, analizar.»⁷

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define el término resolver así: «(Del latín *resolvere*: de *re* y *solvere*, soltar, desatar) tr. determinación fija y decisiva. Hallar una solución a un problema o dar solución a una duda.»⁸

Para efecto de mi trabajo de tesis diré que: Resolver, es sinónimo de arreglar o ponerse de acuerdo en cuanto a las diferencias o controversias surgidas entre dos o más personas, poniendo así, fin parcial o total de las desavenencias surgidas entre ellos, o previniendo un conflicto futuro.

NEGOCIO JURIDICO

Dice Manuel Ossorio, que : «En la moderna literatura jurídica, se da este nombre a todo acto voluntario y lícito realizado de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones dentro de la esfera del derecho privado.»⁹

La definición anterior, me parece bastante completa, porque en ese acto voluntario y lícito, hay innovaciones entre los derechos y obligaciones de los particulares, ya que crea, conserva, modifica, transfiere o extingue esos derechos y obligaciones, independientemente de las cláusulas accidentales de cada negocio en particular, como son las condiciones, el plazo, el lugar y el modo.

El Tratadista Guillermo Cabanellas, expresa el concepto doctrinario citando a Castán y lo define así: «Acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece.»¹⁰

Este concepto es bastante importante, porque se integra ya no solo a un acto voluntario, sino que establece una o varias declaraciones de voluntad en las que podrá intervenir prácticamente, no solo una persona, sino varias a la vez, pero siempre cumpliendo los requisitos y límites que su propio ordenamiento establece,

6 Ob. cit. pag. 672

7 Ob. cit. pag. 733

8 Ob. cit. pag. 1179

9 Ob. cit. pag. 483

10 Ob. cit. pag. 535

y algo que hay que tomar en cuenta es que el derecho objetivo lo reconozca. Para dar una definición propia del NEGOCIO JURIDICO. diré que NEGOCIO JURIDICO, es aquel acto voluntario que puede darse en forma unilateral, bilateral o por más personas capaces, sobre un objeto que la ley no prohíbe, el cual conlleva efectos jurídicos. Al hablar del negocio jurídico unilateral se refiere por ejemplo en el caso de testamentos, donaciones por causa de muerte, aquellos mandatos en que únicamente comparece el poderdante y quedará sujeto a la aceptación del mandatario, con la observación de que se concretará el negocio jurídico al momento de la aceptación.

En la legislación guatemalteca, concretamente el decreto ley número 106, Código Civil, no preceptúa una definición del término Negocio Jurídico, sin embargo, si establece los requisitos o elementos esenciales del negocio jurídico, y en el artículo 1251 señala que el negocio jurídico requiere para su validez: 1o) capacidad legal del sujeto que declara su voluntad; 2o) consentimiento que no adolezca de vicio; 3o) objeto lícito.

En forma breve, me referiré a dichos elementos del negocio jurídico:

1o) CAPACIDAD LEGAL DEL SUJETO QUE DECLARA SU VOLUNTAD.

Esta declaración de voluntad debe de ser de una persona con capacidad, es decir que se encuentre en el pleno ejercicio de contraer obligaciones y ejercer sus derechos, por si mismo, no esta demás indicar que conforme el Código Civil, el artículo 8, indica que la capacidad se adquiere con la mayoría de edad, y que son mayores de edad los que hayan cumplido 18 años, y al adquirirse dicha capacidad, únicamente puede ser limitada por la declaración de interdicción de la persona, quien actuará a través de su representante legal. (Artículos 9 al 14 del Código Civil), a quien afecta, la obligación de explicarse.

2o) CONSENTIMIENTO QUE NO ADOLEZCA DE VICIO:

El Consentimiento: es la expresión o manifestación espontanea que una o varias personas hacen al aceptar las condiciones en que se le ha planteado, la realización inmediata o mediata de un negocio jurídico, sin embargo el consentimiento es decir la manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita, sin que para esta última se considere el silencio como tal. Salvo en los casos en que existe, para la parte a quien afecta la obligación de explicarse. Así lo regulan los artículo 1252 y 1253 del Código Civil. Y este consentimiento se plasma en el instrumento público en el cual consta el negocio jurídico, como se analizara en el

capítulo siguiente del presente trabajo de tesis.

Los vicios a que puede estar sujeto el consentimiento de las personas son los siguientes:

1) **ERROR**: es un falso conocimiento que influye en la determinación interna e induce al sujeto a creer una cosa que no hubiera querido, de haber tenido un conocimiento exacto de ello. El Código Civil guatemalteco, en sus artículos 1258, 1259 y 1260, establecen: el error es causa de nulidad, cuando recae sobre la sustancia de la cosa que le sirve de objeto, o sobre cualquier circunstancia que fuere la causa principal de la declaración de voluntad; el error sobre la persona solo invalidará el negocio jurídico cuando la consideración a ella hubiere sido el motivo principal del mismo; el error de cuenta sólo dará lugar a su corrección.

2) **DOLO**: es toda sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguna persona. El código Civil guatemalteco, lo regula en los artículos 1,261, 1262 y 1263. y establece: el dolo de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero sabiéndolo aquella, produce la nulidad si ha sido la causa determinada del negocio jurídico; la omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa.

3) **SIMULACION**: Consiste en encubrir el carácter de un negocio jurídico que se declara, dándole apariencia de otro de distinta naturaleza; también habrá simulación cuando las partes declaran o confiesas falsamente lo que en realidad no ha pasado, o se ha convenido entre ellas; y por último existe simulación cuando se constituyen o transmiten, derechos a personas interpuestas, para mantener desconocidas a las verdaderamente interesadas.

4) **VIOLENCIA O INTIMIDACION**:

La legislación civil guatemalteca, establece en el artículo 1265, que esta violencia o intimidación deben ser de tal naturaleza que causen impresión profunda en el ánimo de una persona razonable que le inspiren el temor de exponer su persona o su honra, o la de su cónyuge o conviviente de hecho, ascendientes, descendientes o hermanos, a un mal grave o a la pérdida considerable de sus bienes.

Esta violencia física o la amenaza de causar ésta, no sólo puede ser corporal o física sino también puede recaer en los bienes de una persona sean estos muebles o inmuebles.

El Código Civil guatemalteco en el artículo 1266, establece determinados parámetros para calificar la violencia o intimidación por lo que el juez debe de tomar en consideración para declarar nulo el negocio jurídico, siendo éstos: la edad, el sexo, la condición de la persona y demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad.

3o) OBJETO LICITO:

El objeto del negocio jurídico debe ser, no sólo lícito sino también existente o posible en la actualidad o en el futuro y determinado o determinable. Al indicar que sea lícito, se refiere a que no haya ley que expresamente prohíba que la manifestación del consentimiento recaiga sobre determinada cosa. Es importante recordar el adagio que establece que lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido, sin que esto implique un abuso o inobservancia de factores morales y/o éticos.

CONTRATO:

Este concepto tiene en la práctica jurídica diversas acepciones: como norma individualizada, como documento, en el derecho mexicano como acto jurídico. Existen contratos de carácter civil, mercantil, laboral, administrativo. Son variadas las tendencias de los tratadistas del derecho civil para definir al contrato, nos dice la licenciada Hilda Violeta Rodríguez V. : ... y algunos lo identifican con la convención o pacto; otros los separan, y otros los combinan. De donde se deduce que no es fácil definir al contrato civil, a pesar de su aparente sencillez" ¹¹. Etimológicamente deriva del latín *contractus* que deriva a su vez de *contrahere*, que significa reunir, lograr concertar. ¹²

Guillermo Cabanellas, citando a Savigni dice que contrato: « Es el concierto de dos o más voluntades, sobre una declaración de voluntad común, destinada a arreglar sus relaciones jurídicas" ¹³.

Manuel Ossorio, citando a Capitán, lo define como: " Acuerdo de voluntades entre dos o más personas, con el objeto de crear entre ellas, vínculos de obligaciones y también documento escrito, destinados a probar una convención" ¹⁴.

El Licenciado Ricardo Alvarado Sandoval en su tesis de graduación menciona el siguiente concepto, el cual me parece completo y acorde al tema que estoy desarrollando y es el siguiente: CONTRATO: Aquel acuerdo de voluntades anteriormente divergentes, por virtud de la cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación de carácter patrimonial." ¹⁵

El Código Civil guatemalteco, no da una definición de contrato, sino se limita a fijar el momento de su existencia y a describir sus elementos, diciendo que el contrato existe desde que una o varias personas, convienen en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio. Artículo 1517 del Código Civil.

11 Rodríguez V Hilda Violeta lecturas seleccionadas y casos de derecho civil IV pag. 43. Rd. Coop.Ciencias Política, R.L. de la USAC Guatemala

12 Ob. Cit. pag. 19

13 Ob. Cit. 337

14 Ob. Cit. Pagina 167

15 Alvarado Sandoval, Ricardo Tesis de Graduacion. marzo 1978 Guatemala, Guatemala.

CLASIFICACION GENERAL DE LOS CONTRATOS

Existen diferentes clasificaciones de los contratos, dentro de las cuales podemos mencionar una de carácter doctrinario y otra de carácter jurídico o legal, sin embargo considero que la más importantes es la que contempla la legislación civil guatemalteca en los artículos del 1587 al 1592, clasificándolos de la manera siguiente:

- a) Unilaterales, cuando la obligación recae solamente sobre una de las partes. Genera obligaciones para una solo de las partes contratantes;
- b) Bilaterales: Cuando ambas partes se obligan recíprocamente;
- c) Consensuales: Cuando basta el consentimiento de las partes, para que sea perfecto (acuerdo de voluntades);
- d) Reales: cuando se requiere para su perfección la entrega material de la cosa;
- e) Principales : Cuando subsisten por si solos;
- f) Accesorios» Cuando tiene por objeto el cumplimiento de otra obligación;
- g) Oneroso: Es aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos
- h) Gratuito: Es aquel en que el provecho es solamente en una de las partes
- i) Conmutativos: Cuando las prestaciones que se deben las partes, son ciertas y determinadas, desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas (las partes) pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause;
- j) Aleatorio: Cuando la prestación debida depende de un acontecimiento que determina la ganancia o pérdida desde el momento que ese acontecimiento se realiza;
- k) Condicionales: Aquellos cuya realización depende de un suceso incierto o ignorado por las partes;
- l) Absoluto: Aquellos cuya realización es independiente de toda condición;

En la doctrina se conocen algunos otros más entre los cuales podemos citar:

- a) formales: los que requieren una forma escrita, pública o privada, para la validez del mismo;
- b) Instantáneos: son los que se cumplen en el mismo momento en que se celebran. El pago de las prestaciones se lleva a cabo en un solo acto;
- c) Tracto sucesivo: El cumplimiento de las prestaciones se realiza en un período determinado.

Desde el punto de vista civilista, considero que el contrato y el negocio jurídico, son sinónimos, por lo que sería innecesario analizar los elementos del contrato, por haberlos desarrollado al analizar el negocio jurídico.

CAPITULO II EL INSTRUMENTO PUBLICO

CONCEPTO

Antes de entrar a analizar la definiciones que los tratadistas puedan establecer con relación al instrumento público, podríamos analizar el significado de tales términos, así tendremos que instrumento es aquello de lo que alguien se vale, para efectuar o realizar algo; y público por que cualquier persona puede utilizarlo, o hacer uso, o consulta de ello; con relación a esto último tendremos que tener cuidado, ya que para valerse del instrumento desde el punto de vista notarial, debe tenerse: capacidad de ejercicio, ya que por ejemplo un menor, por si sólo no podría valerse del instrumento público, sino lo hace, a través de su representante legal. Una persona no podría actuar a nombre de otra, si no tiene el respectivo mandato, y si este existe habrá que establecer si ese mandato le confiere facultades suficientes para ejecutar o realizar determinado negocio jurídico, ejemplo: enajenar, hipotecar, o disponer de cualquier otro modo de la propiedad de su mandante.

Con frecuencia, se utiliza el término documento como sinónimo de instrumento, ambas proceden del latín, la primera de la palabra docere, que significa enseñar; y la segunda de la palabra instruere, que significa instruir, ambos, el documento e instrumento, nos enseñan o instruyen de la existencia de un hecho o convenio. Sin embargo, según la Real Academia de la Lengua Española, instrumento es la escritura, papel o documento con que se prueba alguna cosa, y documento el escrito que ilustra acerca de un hecho, principalmente de los históricos.

Para Jiménez Arau, el instrumento público es : « el documento público autorizado por notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma legal a actos, negocios jurídicos, y para asegurar la eficacia de sus efectos» 16

Para Salvat, instrumento público es: « el otorgado con las formalidades que la ley establece, en presencia de un oficial público, a quien la ley le confiere la facultad de autorizarlo.»

Podemos entonces decir que instrumento público es: El documento autorizado por el notario, en que se hace constar negocios jurídicos, declaraciones de voluntad, manifestaciones de consentimiento, así como también hechos y

16 Jiménez Arau E.
Introducción al Derecho Notarial
Madrid, Edit. rev. Derecho Privado, 1994

circunstancias que al notario le consta, todos a requerimiento de parte o por disposición de la ley.

Como vemos en las definiciones anteriores, no se puede apartar el término documento y de ello el tratadista Grillo González, establece sinonimia entre instrumento, documento y escritura.¹⁷

Para que quede claro y aprovechando la atinada distinción que el notario guatemalteco, J. Eduardo Girón, hace entre documento e instrumento, al decir: « El documento no tiene forma alguna determinada, sus cláusulas son sencillas y redactadas in-sujeción, a reglas ni ritualidades especiales, mientras que para el instrumento hay características intrínsecas y extrínsecas legales para su formación, y su ausencia le haría perder su naturaleza especial y añade que este debe ser autorizado por Notario hábil en el ejercicio de su profesión, no así el documento. »¹⁸

ELEMENTOS PERSONALES DEL INSTRUMENTO PUBLICO

PARTE: Es la persona o personas que representan un mismo derecho, y que puede estar integrado por una sola persona o un conjunto de personas.

El Tratadista Mexicano, Fernando Pérez Fernández del Castillo, lo define de la siguiente manera:» Es la persona o personas que ostentan una misma prestación en una escritura»¹⁹

SUJETO: Es la persona que se ve afectada en su patrimonio en virtud del otorgamiento de una escritura puede ser que el acto jurídico produzca menoscabo, incremento o alteración en el patrimonio, pero siempre repercute en la esfera jurídica.²⁰

OTORGANTE: Es quien da el consentimiento, quien directa o personalmente realiza el acto jurídico²¹

El tratadista Argentino, Guillermo Cabanellas, lo define así: « Es quien otorga, la parte que contrata en un documento»²²

COMPARECIENTE: Es quien pide al notario que actúe, quien realiza el requerimiento, de ahí que para el caso de las escrituras públicas se le denomine compareciente y para el de las actas notariales se le denomina requiriente. Lo anterior estricto sensu, ya que desde el punto de vista lato sensu, lo es también quien interviene en el Instrumento Público, entre ellos los testigos, traductores o intérpretes. El autor Pérez Fernández del Castillo, los denomina recurrentes, ya que no se obligan dentro del instrumento Público, sólo asisten al otorgamiento.

¹⁷ Grillo Gonzalez P. El Documento notarial e Instrumento Notarial "La Verdad del Documento Notarial" Rev. Inst. del notario No. 36 Buenos Aires ing. 1957

¹⁸ Girón J. Eduardo Tratado de la Notaria pag. 62. Tipografía Nacional, Guatemala, 1932

¹⁹ Perez Fernandez del Castillo Bernardo, Derecho Notarial pag. 183, Edit. Porrúa S.A. 1a. Edic. Mexico 1981

²⁰ Idem. pag. 188

²¹ Muñoz Nery Roberto, El Instrumento Público y El Documento Notarial pag. 94

²² Ob. cit. pag.721

CLASIFICACION DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS:

Los instrumentos públicos se clasifican en:

- A) PROTOCOLARIOS, llamados también dentro del protocolo o principales;
- B) EXTRAPROTOCOLARIOS, llamados también fuera del protocolo o secundarios;

Para su mejor comprensión dicha clasificación puede subdividirse de la manera siguiente:

A) PROTOCOLARIOS:

ESCRITURA MATRIZ

ACTA DE PROTOCOLACION

RAZON DE LEGALIZACION DE FIRMA

B) EXTRAPROTOCOLARIOS:

ACTA NOTARIAL

ACTA DE LEGALIZACION DE FIRMA

ACTA DE LEGALIZACION DE COPIA DE DOCUMENTO.

REQUISITOS GENERALES DEL INSTRUMENTO PUBLICO

De conformidad con el análisis de los artículos 29 al 31 del Código de Notariado, podemos establecer que existen dos clases de requisitos, unos los esenciales y otros los no esenciales, los que analizaremos individualmente a continuación:

ARTICULO 29.

Numeral 1o- El Número de orden, lugar, día, mes y año, del otorgamiento.

ANÁLISIS: El artículo 13 del Código de notariado en el numeral segundo, establece que en el protocolo se observaran como formalidad, la numeración cardinal, se escribirá el instrumento uno a continuación de otro, por riguroso orden de fechas, dejando entre cada instrumento sólo el espacio necesario para las firmas.

Numeral 2o- los Nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes.

ANÁLISIS: Con relación a los datos de identificación personal, únicamente la observación que el estado civil abarca todos los elementos que individualizan a la persona, por lo que para referirse a, si una persona ha contraído matrimonio o no, es mejor hablar de estado de familia o libertad de estado, y no de estado civil; para establecer el domicilio de los otorgantes, debe de indagarse cual es el departamento donde ejerce sus derechos y contrae obligaciones. esto con fundamento en el artículo 12 del código procesal Civil y Mercantil, ya que es el

único precepto jurídico que indica, que el departamento se considera el ámbito o círculo territorial donde se ejercen derechos y obligaciones.

Numeral 3o- La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento, y de que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles.

ANÁLISIS: Cuando el notario conoce a uno o a todos los comparecientes y con base a la fe pública de que esta investido, no necesita identificarlos a través del documento respectivo, cédula o pasaporte, mucho menos auxiliarse de testigos de conocimiento, es suficiente con que el notario de fe que los conoce.

Con relación al libre ejercicio de los derechos civiles, debemos primero indicar cuales son esos derechos, y encontramos que de conformidad con Guillermo Cabanellas, en su diccionario de Derecho Usual, establece que:» los derechos civiles son aquellos naturales o esenciales de los cuales goza cada individuo jurídicamente capaz. El principio lo constituye que todo habitante del estado, mayor de edad y en su sano juicio, tiene la suma de los derechos civiles, los reconocidos por las leyes de ese carácter; pues salvo raras excepciones, puede contratar, testar, contraer matrimonio. 23

Encontramos entonces que el libre ejercicio de los derechos civiles, no es más que la capacidad de ejercicio, es decir contraer obligaciones y ejercer sus derechos por si mismo.

Numeral 4o- La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el notario o por ambos medios, cuando así lo estimare conveniente.

ANÁLISIS: con relación a este numeral del artículo 29 del Código de notariado, no hay mayor comentario que hacer, a excepción que de conformidad con el artículo primero del Decreto legislativo número 1735, Ley de Cedula de Vecindad, se establece que la cédula de vecindad es el documento oficial obligatorio, que identifica a los guatemaltecos y extranjeros residentes en el país, comprendidos entre los dieciocho y sesenta años de edad. Así mismo el artículo sesenta del Decreto Ley 22-86 Ley de Migración y Extranjería, establece que: « las autoridades gubernativas, judiciales, municipales o de cualquier otra índole, así como los notarios, ante quienes tramiten asuntos de su competencia, cualquier extranjero, velarán porque previamente compruebe su legal ingreso y permanencia en el país, así como su condición migratoria.»

En caso, que los comparecientes no pudieren identificarse, por medio del documento respectivo, cédula de vecindad o pasaporte, se identificarán por medio

23. Guillermo Cabanellas Diccionario de Derecho Usual. pag. 661 tomo I Edit. Heliasta S.R.L. Vic. Monte 1730-1R Primer Piso Buenos Aires, Argentina

de dos testigos conocidos por el notario, a esta clase de auxiliares del notario se les ha denominado doctrinariamente testigos de conocimiento o de abono. Lo curioso está en que dichos testigos deben ser conocidos por el notario, y de quien identifican, pues considero que lo lógico sería que fueren conocidos de la persona a quien identifican e identificarse ellos con el notario, por medio de su respectivo documento.

Numeral 5o- Razón de haber tenido a la vista los documentos fehacientes que acrediten la representación legal de los comparecientes en nombre de otro, describiéndolos e indicando, lugar, fecha y funcionario o notario que los autoriza. Hará constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio para el acto o contrato.

ANÁLISIS: aquí encontramos a lo que doctrinariamente se le ha denominado calificación jurídica, ya que el notario hace una calificación jurídica de la capacidad de las partes que intervienen en el instrumento público y del contenido del instrumento que va a autorizar.

En cuanto a la capacidad de las partes que intervienen en el instrumento, el notario, al desempeñar la función legitimadora, da fe que los sujetos o contratantes son los titulares del derecho que ejercen.

En caso que el otorgante actúe en nombre de otro, debe de calificar (función calificadora) la representación que ejerce la cual conforme a la Ley y a su juicio debe de ser suficiente.

Debe de tomarse en cuenta que al momento que el Notario establece que la representación que se ejerce es suficiente conforme a la Ley y a su juicio, está asumiendo la responsabilidad que de no ser así estará sujeto a las responsabilidades (civiles, disciplinarias) que tal circunstancia implica.

Numeral 6: La intervención de un intérprete nombrado por la parte que ignorare el idioma español, el cual de ser posible, deberá ser traductor jurado. Si el intérprete no supiere o no pudiere firmar, lo hará por el un testigo.

ANÁLISIS: De conformidad con el artículo 143 de la Constitución Política de la República se establece que el idioma oficial de Guatemala es el español, asimismo, el artículo 13 del código de Notariado establece que los instrumentos se redactarán en español, pudiéndose escribir a máquina o a mano, de manera legible.

Como consecuencia que el avance tecnológico de los medios de transporte y el auge de las actividades comerciales ha aumentado el tráfico de personas tanto a nivel interno como internacional y especialmente si se toma en cuenta que los extranjeros, siempre que cumplan con los requisitos que establece la Ley, pueden

ejercer derechos y contraer obligaciones en Guatemala, no se les puede coartar el ejercicio de los mismos y como consecuencia de ello, el Notario al autorizar un Instrumento en el cual comparece alguien que no sepa el español, deberá auxiliarse por un intérprete el cual de ser posible deberá ser traductor jurado, o sea autorizado por el Ministerio de Educación, para ejercer tal profesión.

Sin embargo, debe de tenerse cuidado en el caso de que para el idioma que hable una persona, no haya traductor jurado autorizado en la República tendrá que aplicarse el segundo párrafo del artículo 37 de la Ley del Organismo Judicial, que en su parte conducente establece: «...de no haberlo para determinado idioma serán traducidos bajo juramento por dos personas que hablen y escriban ambos idiomas con legalización notarial de sus firmas.

Otro caso es el de distintos dialectos y lenguas que se hablan en Guatemala, dado a que la mayor parte de la población guatemalteca, es indígena, quienes aún conservan sus dialectos y lenguas, especialmente en la parte del altiplano nacional, lo que hace que el notario tenga que asistirse de intérprete, y considero que el código de notariado si tomo muy en cuenta esta situación, ya que no exige que el intérprete sea traductor jurado, ya que es lamentable pero real, que no nos hemos preocupado por estudiar, por lo menos uno de los tantos dialectos o lenguas que habla nuestra comunidad indígena; es tal la previsión del código de notariado, que aún indica que si el interprete no pudiere o no supiere firmar, lo hará por él un testigo, ya que los indígenas guatemaltecos a penas han logrado aprender algo de castellano, pero no escribir y por ende firmar. Creo que ese fue el espíritu del legislador.

Numeral 7o- La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato .

ANÁLISIS: Tanto la escritura como el acta notarial, han sido divididas en determinadas partes, sólo para su análisis o estudio, ya que el instrumento público, es un todo unitario, así tenemos que la escritura se integra de:

a) Introduccion (del numeral 1 al 6)

Encabezamiento

Comparecencia

b) cuerpo; (numeral 7)

Antecedentes

Exposición

Advertencia

Estipulaciones

c) cierre (del numeral 8 al 11)

Relación de documentos tenidos a la vista

Aceptación

Advertencia de Registro o Inscripción

Otorgamiento

Autorización

Y el acta notarial se integra de:

- a) requerimiento;
- b) objeto del requerimiento;
- c) narración de los hechos;
- d) cierre.

Como vemos la relación concisa y clara del acto o del hecho o la circunstancia, en el caso de las actas la encontramos en la narración de los hechos; y para la escritura en el cuerpo del instrumento.

Numeral 8o- La fe de haber tenido a la vista los títulos y comprobantes que correspondan, según la naturaleza del acto o contrato.

ANÁLISIS: El notario al ejercer la actividad calificadora, debe tener cuidado de observar determinados requisitos, que debe de cumplir, como tener a la vista los documentos respectivos, así en una compra-venta, debe de tener a la vista, el documento con el cual se acredite el derecho de propiedad; en una transacción, para garantizar el cumplimiento de una obligación, puede constituirse hipoteca o fianza, y se tendrán que tener a la vista, los documentos respectivos.

Numeral 9o- La transcripción de las actuaciones ordenadas por la ley o que a juicio del notario, sean pertinentes, cuando el acto o contrato, haya sido precedido de autorización u orden judicial o proceda de diligencias judiciales o administrativas.

ANÁLISIS: En el caso de autorizarse un instrumento, cuya causa sea un trámite judicial o administrativo, deberá incluirse dentro del instrumento dicha resolución (sea judicial o administrativa) y hay que hacer notar que de conformidad con lo preceptuado con el numeral cinco del artículo trece del código de notariado, el que regula las formalidades que deben de llenarse en el protocolo, al momento de efectuar una transcripción en el instrumento público, deberá de copiarse dicho documento en forma textual, por lo que si en el documento o resolución judicial o administrativa, existen abreviaturas o cantidades consignadas en cifras, así deberán de transcribirse en el instrumento público.

Alguno de los casos en que haya de efectuarse transcripciones, tenemos:

a) En el artículo 324 del Código Procesal Civil y Mercantil, último párrafo, se determina que: «...En la escritura se transcribirán el acta de remate y el auto que apruebe la liquidación»

b) el artículo 446 del cuerpo legal citado, establece: «...La resolución que concede la autorización deberá transcribirse en la escritura constitutiva...»

Puede determinarse que el numeral nueve del artículo 29 del Código de notariado, deja libertad al notario, para que cuando éste lo considere pertinente realice la transcripción de las resoluciones administrativas o judiciales, y en el caso en que la ley le exige determinada transcripción, como en el caso del artículo 480 numeral I del Código de Comercio

Numeral 10o.- La Fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificación y aceptación.

ANÁLISIS; El notario tiene la obligación conforme a la ley de leer el contenido de los instrumentos a los interesados, comparecientes, y otorgantes, dicha lectura debe ser completa y pura para que los interesados manifiesten su conformidad con el mismo, lo que implica el momento de la ratificación y aceptación.

Numeral llo.- La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y que de deben presentar el testimonio a los registros respectivos.

ANÁLISIS; Encontramos en este numeral lo que doctrinariamente se conoce como advertencias. El notario debe indicar a los otorgantes cuales son los resultados o efectos del instrumento público que están otorgando, además, orientarlos que deben presentar el testimonio al registro que corresponda, para los efectos de la anotación ya que sin esta última el negocio jurídico no quedaría totalmente consumado y no surtiría los efectos deseados.

Numeral 12: Las firmas de los otorgantes y de las personas que intervengan y la del notario, precedidas de las palabras «ANTE MI». Si el otorgante no pudiese o supiere firmar, pondrá la impresión digital del dedo pulgar derecho y en su defecto otro que especificará el notario, firmando por él un testigo y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo por cada parte o grupo que represente un mismo derecho. Cuando el propio notario fuere el otorgante, pondrá antes de firmar, la expresión: «POR MI Y ANTE MI:»

ANÁLISIS: La firma acredita la comparecencia de la persona y la conformidad, su aceptación y ratificación con los hechos o declaraciones que constan en el instrumento público y por ello se dice que la firma es la representación gráfica del consentimiento. Si la persona o personas que otorgan un instrumento público

no pueden o no saben firmar lo hará otra persona a su ruego, es decir el notario se asistirá de los llamados en doctrina TESTIGOS ROGADOS, quienes van a hacer constar que la impresión dactilar consignada en instrumento público es la de la persona compareciente u otorgante.

Las palabras ANTE MÍ que preceden a la firma del notario es plena constancia del principio de intermediación y de unidad del acto ya que el notario está indicando que los otorgantes manifestaron o declararon lo que contiene el instrumento público, y que están de acuerdo en el contenido de su redacción y que firmaron en su presencia, y en el caso que el Notario esté actuando por disposición de la Ley o por orden de tribunal competente, la Firma del Notario, precedida por las palabras POR MÍ Y ANTE MÍ.

ESTRUCTURA INTERNA DEL INSTRUMENTO PUBLICO

La estructura es el modo como está construida una cosa, de allí que la estructura de los instrumentos públicos debe ser el modo de hacerlo o redactarlo. La estructura interna del instrumento público es su composición o redacción en la que puede determinarse las diversas partes que lo integran.

En la época colonial, las primeras escrituras centroamericanas e incluso colombianas, no estaban divididas en partes.

La consideración de que la escritura forma un todo indivisible, aún hoy aceptada, impedía que se analizara siquiera en teoría la composición de sus partes. Como consecuencia de ello la escritura apareció redactada en un solo bloque, sin párrafos ni puntos que separaran unas cláusulas de otras. ²⁴

En algunas oportunidades se abusaba de la coma y del pronombre relativo, haciendo de la escritura una sola frase que se desarrollaba siguiendo el hilo del discurso natural. ²⁵ La ausencia de normas concretas que uniformaran y simplificaran la redacción del instrumento, dio lugar al abuso de multiplicidad y provocó empalagosas redundancias para expresar en concepto con diversidad de frases. ²⁶

Como consecuencia de lo anterior y consciente de la necesidad práctica de unificar los estilos de redacción, algunos cartularios, entre ellos el profesor Rolandino Passagiero, propuso la redacción de fórmulas que contuvieran los requisitos necesarios para la validez del acto y en las cuales era posible distinguir partes bien diferenciadas entre sí, lo que provocó que las legislaciones notariales contuvieran más que preceptos jurídicos formularios o minutas de los instrumentos públicos, lo que vino a limitar la facultad creativa o actividad modeladora que el

²⁴ Ospetia, R. Estudios de Derecho Notarial, Revista Madrid, pag. 39

²⁵ Sanahuja J. Tratado de Derecho Notarial (Bosch, Barcelona, 1948) p. 471

²⁶ Fernandez Casado M. Tratado de Notaría (S. E. Madrid, 1945) p. 387)

notario debe de tener.

Aquella solución de Rolandino Passagiero que fue buena para aquellos tiempos no lo es hoy, pues la importancia de los formularios o minutas ha cedido ante la mayor preparación técnica, jurídica y científica de los notarios.²⁷

Ha habido una corriente que se ha opuesto a la separación del instrumento público en partes, argumentando que la formación del instrumento notarial cualquiera que sea su naturaleza no puede separarse en secciones autónomas porque el documento notarial constituye un todo homogéneo y orgánico y nunca agregado o formado de una mera suma de parte. Por tal razón, siguen exponiendo, el instrumento público es indivisible en su composición. No obstante las partes del instrumento público, son susceptibles de ser analizadas en forma individual.²⁸

En los instrumentos públicos redactados en el sistema primitivo, se distinguían dos partes:

- a) La que contenía el tenor del negocio, en que el relator o relatores, cuyos nombres aparecían en primer termino, era el otorgante u otorgantes;
- b) En la que contenía lo que se denominaba las publicaciones en la que hablaba el escribano y contenía los elementos adjetivos o autenticadores.

Los instrumentos públicos redactados por los jueces, cartularios de la edad media y los notarios que siguieron sus lineamientos, la escritura, era concebida como una sentencia, en la que los lineamientos a seguir eran:

- a) una narración cronológica de los antecedentes, y del otorgamiento;
- b) la terminación consistente en la autorización notarial.

Luego se pasó a un sistema puramente lógico en que se redacta la escritura como un silogismo en que los antecedentes constituyen una premisa mayor, el negocio jurídico que las partes pretenden realizar es la premisa menor; y el otorgamiento la conclusión.

Finalmente se llega al sistema científico jurídico que contempla el instrumento como la expresión de una relación jurídica, en la que cabe distinguir los elementos personales, reales y formales, que según la doctrina española más en boga, equivalen a la comparecencia (personales), antecedentes y parte dispositiva (reales) y otorgamiento y conclusión (formales)²⁹

Aplicando el sistema científico-jurídico, puede estructurarse al instrumento público de la siguiente manera:

- a) escritura pública: introducción - cuerpo y conclusión o cierre;
- b) Acta notarial: requerimiento objeto del requerimiento; narración de los hechos; conclusión o cierre.

²⁷ Salas Oscar A. Derecho Notarial de Centro America y Panama Edif. Costa Rica 1973 P. 285

²⁸ Idem

²⁹ Idem, pag. 286

Analizando detenidamente la estructura de los instrumentos públicos mas generalizados, encontramos la siguiente estructura para la escritura pública:

A) INTRODUCCIÓN:

Aquí se consignan los datos relativos a lo que la doctrina llama en sentido amplio comparecencia. La introducción a la vez puede sub dividirse en:

I) encabezamiento y II) la comparecencia, en estado estricto.

Dichos elementos los encontramos en los numerales 1 y 2 del artículo 29 del Código de Notariado.

El primero que se compone con el número de la escritura, lugar, día, mes y año del otorgamiento, y el nombre del notario, este último aunque no es obligatorio, por no requerirlo el numeral 1 del artículo 29 del Código de Notario, en la práctica se utiliza. Además en algunos instrumentos públicos, debe de observarse otras formalidades especiales, además de las generales contenidos en el artículo 31 del Código de Notariado, como en el caso de testamentos y donaciones, en las que debe de consignarse la hora y sitio en que se otorgan. Artículos 42 numeral 1 y 44 numeral 1 del Código de Notariado;

El segundo que consiste en circunstancias de los comparecientes, testigos e interpretes. En esta parte se consignan los nombres y apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes, así mismo a las circunstancias referentes a los testigos de conocimiento o abono e instrumentales y los interpretes, incluyendo sus nombres y apellidos.

También se expresará en esta parte de la escritura la forma de identificar a los comparecientes, ya sea por el respectivo documento de identificación, cédula de vecindad para los nacionales y pasaporte para los extranjeros; y si no tuvieran documento de identificación lo harán por medio de dos testigos que sean del conocimiento del notario; y si fueren conocidos por el notario, bastará que este de fe de tal extremo.

B) CUERPO: esta otra parte de la escritura se subdivide a la vez en:

a) ANTECEDENTES: o exposición; y

b) ESTIPULACIONES o disposiciones.

La primera de ellas no es esencia de la escritura pero tal como dice Núñez Lagos: « en la técnica notarial de hoy se distingue entre parte expositiva; y parte dispositiva...»³⁰

ANTECEDENTES: Acá se asignan los elementos subjetivos del acto o contrato que se formaliza en la escritura, se describen los elementos o circunstancias objetivas que preceden y están enlazadas con las estipulaciones y declaraciones

³⁰ Salas, Oscar A. 06, cit. pag. 298

de voluntad que después hagan los comparecientes. Aquí se describe el bien o derecho que será objeto de la relación jurídica, se justifica la titularidad de quien comparece a fin de realizar actos que presupongan que ese bien o derecho le pertenece, y en su caso se expresarán las cargas, condiciones o limitaciones que afecte a dicho bien o derecho.

ESTIPULACIONES: Es la también llamada parte dispositiva, se formula la declaración de voluntad de los otorgantes que da vida al acto o contrato o negocio jurídico que desea celebrar, reconocer, modificar o extinguir.

C) LAS CONCLUSIONES: es llamada también cierre y se divide en:

- a) advertencia
- b) otorgamiento y
- c) autorización.

La doctrina española ha hecho la subdivisión de esta parte de la estructura del instrumento público, escritura pública, en otorgamiento que una corriente proclama que son una misma sección de la escritura.

Los que distinguen una y otra o arguyen que el otorgamiento es la proclamación que hacen las partes de la paternidad de sus declaraciones y del negocio realizado, mientras que la autorización es la asunción de la paternidad del instrumento por parte del notario.³¹

El otorgamiento propiamente dicho, consta de los siguientes elementos:

Lectura del instrumento, consentimiento de los otorgantes, firma de éstos y de los testigos.

La autorización es la parte final de la escritura, en que el notario afirma la veracidad de cuanto se expresa, como ocurrido en su presencia, o visto y comprobado por él en el texto del instrumento y que se han cumplido los requisitos legales y estampa su firma precedida de las palabras « ANTE MI:» o « POR MI Y ANTE MI:».

MODELO DE ESCRITURA PUBLICA (CONFORME EL ANALISIS ANTERIOR)

UNO (1) En la ciudad de Guatemala, el dos de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, ante mi MARIA CELSA MENCHU ULIN, Notario, COMPARECEN: por una parte, la señora JULIA ESTELA ARCHIVEZ CORATEZ, de cuarenta años de edad, casada, guatemalteca, de este domicilio, Perito Contador, se identifica con la cédula de vecindad número de orden A - uno y de registro veinte mil doscientos dos, extendida por el Alcalde Municipal de esta ciudad; y por la otra, el señor JUSTINO LOPEZ SOLAR, de cuarenta y cinco años de edad,

³¹ Oscar, Salas A. Ob. cit. pag. 309

soltero, guatemalteco, con domicilio en el departamento de Quetzaltenango, piloto aviador, se identifica con la cédula de vecindad número de orden I - nueve y de registro quinientos ochenta y ocho, extendida por el Alcalde Municipal de Quetzaltenango. Los comparecientes declaran ser de los datos de identificación consignados, hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles y que por el presente instrumento celebran CONTRATO DE COMPRA VENTA DE INMUEBLE, de conformidad con las siguientes cláusulas: PRIMERA: Manifiesta la señora ESTELA ARCHIVEZ CORATEZ, que es propietaria del inmueble ubicado en doce calle uno - cero dos zona dos de esta ciudad capital, consistente en terreno y casa el que esta inscrito en el Registro General de la propiedad, el que tiene el área, medidas y colindancias que le aparecen en dicho registro. SEGUNDO: Continúa exponiendo la señora ESTELA ARCHIVEZ CORATEZ, que por el precio de ciento veinticinco mil quetzales que ha recibido en estos momentos, vende el Inmueble identificado en la cláusula anterior al señor LOPEZ SOLAR. Declara la señora ARCHIVEZ CORATEZ, que sobre el Inmueble que vende no pesan gravámenes ni anotaciones que puedan afectar los derechos del comprador y que está enterada de las responsabilidades en que incurre si así no lo fuere. TERCERO: Por su parte el señor LOPEZ SOLAR manifiesta que en los términos relacionados acepta la venta que se le hace. El infrascrito Notario DA FE: a) Que lo escrito me fue expuesto; b) De haber tenido a la vista las cédulas de vecindad relacionadas, así como el testimonio de la escritura cuarenta y dos autorizada en esta ciudad el cinco de enero de mil novecientos ochenta y ocho por el notario Amilcar Velázquez Mendizabal, con la que se acredita el derecho de propiedad; c) De haber advertido a los otorgantes de los efectos del presente Instrumento, así como de la obligación de presentar el testimonio del mismo al Registro General de la Propiedad para los efectos de su inscripción; y d) De haber leído íntegramente el contenido, de la presente escritura, a los otorgantes, quienes enterados de su contenido, validez y efectos lo ratifican, aceptan y, firman. f) f)

ANTE MI:

firma del notario.

FINES DEL INSTRUMENTO PUBLICO

Se ha establecido que dos son los fines del instrumento público que son : a) perpetuar los hechos y manifestaciones de voluntad; y b) servir de prueba.

Pese a lo anterior, la corriente tradicional ha sostenido que el instrumento público

es considerado únicamente desde el punto de vista adjetivo, o sea un requisito indispensable para la existencia de ciertos negocios jurídicos, declaraciones de voluntad o manifestaciones de consentimiento, sin el cual no habría validez y eficacia a lo que los civilistas clásicos le han denominado «Ad solemnitatem»

Dicha corriente fue recogida por la legislación guatemalteca, directamente en el Código Civil, cuando en los artículos 1576 y 1577, establecen: « Los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros, cualquiera que sea su valor, deberán de constar en escritura pública...» «Deberán constar en escritura pública los contratos calificados expresamente como solemnnes, sin cuyo requisito esencial no tendrán validez»

Aquí cabe plantearse la interrogante, cuales son los contratos calificados como solemnnes?

Guillermo Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual, establece que contrato solemnne es el convenio que, por expreso precepto de la ley, ha de ser otorgado con sujeción a determinadas formas, substanciales para la validez del contrato y la eficacia de sus cláusulas. Por lo general la exigencia impuesta como garantía en las legislaciones modernas consiste en la forma documental y, para mayor seguridad, la escritura pública ante notario.

Como consecuencia de lo anterior, encontramos los artículos 955, 1576, 1577, 1687, 1729, 1862, 2122 del Código Civil, para no citar más, les dan el carácter de solemnne al contrato, al exigir como requisito esencial que conste en escritura pública, revistiéndoles así la ley, de solemnnes. Desde otro punto de vista, el artículo 1574 del Código Civil, determina la forma como toda persona puede contratar y obligarse, siendo éstas:

- 1o) Por escritura Publica;
- 2o) Por documento privado o acta levantada ante el alcalde de lugar;
- 3o) Por correspondencia;
- 4o) Verbalmente.

Como vemos, en los numerales del uno al tres, del artículo 1574, se establece que la declaración de voluntad, el negocio jurídico o la manifestación del consentimiento, constan por escrito ya sea en escritura pública, documento privado, acta levantada ante el alcalde del lugar y en los casos de correspondencia, en las cartas, telegramas u otros pliegos o documentos postales.

Se desprende de lo anterior, que la escritura pública, además de servir como forma, también sirve como medio de prueba indispensable de los actos o negocios jurídicos solemnnes. Surge entonces el principio de indubitabilidad, el que encierra

el valor probatorio del instrumento público, considerado en sí mismo, consistiendo dicho principio en que no se duda de su certeza, ya que el mismo ha sido autorizado por notario, en uso de su función pública. Ese valor probatorio del instrumento público, lo hace tener mayor validez y preferencia que el documento privado, por su autenticidad, además, por la competencia legal y técnica del notario.

Dicho Principio de indubitabilidad, se materializa, en el artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil que establece: « Los documentos autorizados por notario o funcionario o empleado público, en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad...»

El numeral 5o del artículo 128 del código Procesal Civil y Mercantil determina: « Son medios de prueba: ... 5o documentos...» y el artículo 177 del cuerpo jurídico citado establece, en su parte conducente que: « ...Los documentos expedidos por notario, podrán presentarse en copia simple legalizada, a menos que la ley exija expresamente el testimonio...»

Como hemos visto, la legislación guatemalteca, enfoca la finalidad probatoria que la doctrina le da al instrumento público.

Veamos ahora la finalidad de perdurabilidad o perpetuidad del instrumento público.

Esto significa que lo que el notario redacta en el instrumento público, va a perdurar en el futuro y como consecuencia de ello puede consultarse o pedirse copia de él en cualquier momento, y aquí se da lo que en doctrina notarial se denomina principio de publicidad, mismo que se encuentra regulado en el artículo 22 del Código de Notariado, que establece: « Las escrituras matrices podrán consultarse por cualquier persona que tenga interés en presencia del notario, exceptuándose los testamentos y donaciones por causa de muerte, mientras vivan los otorgantes, pues solo a ellos corresponde ese derecho...»

Siempre con relación a la perdurabilidad, el artículo 19 del Código de notariado, establece que: «El notario es depositario del protocolo y responsable de su conservación» de ese precepto jurídico se determina que el notario debe, bajo su responsabilidad, proteger el o los protocolos a su cargo lo que implica que el contenido de dicho protocolo, escrituras matrices, actas de protocolación y razones de legalización de firmas, va a perdurar a través del tiempo; y si el notario llegare a ausentarse de la república, tiene obligación de depositarlo ya sea ante otro notario o ante el Director del Archivo General de Protocolos, como lo establece el artículo 27 del Código de Notariado, regulándose también en el artículo 23 de

dicho código, que al fallecer el notario, los albaceas, herederos, parientes o cualquier persona que tuviera en su poder el protocolo, lo depositará dentro de los treinta días siguientes al fallecimiento en el archivo General de Protocolos, o en el mismo plazo ante el Juez de Primera Instancia o Alcalde Municipal, si estuviere en una cabecera departamental o municipal respectivamente, quienes tienen ocho días para remitirlo al referido Archivo.

Como vemos, aunque el notario se ausente del territorio nacional o fallezca, el protocolo y por ende su contenido, estarán protegidos, perdurando así a través del tiempo.

Otro de los efectos que produce el instrumento público, es el de ser título ejecutivo, a través de su respectivo testimonio, así encontramos que el numeral 6 del artículo 294 del Código procesal Civil y Mercantil, establece: « Procede la ejecución en vía de apremio, cuando se pida en virtud de los siguientes títulos, siempre que traiga aparejada la obligación de pagar cantidad de dinero líquida y exigible.. 6 Transacción celebrada en escritura pública...».

El artículo 327 numerales 1, 4 y 5, establecen: Procede el juicio ejecutivo, cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos: 1 testimonio de las escrituras publicas; ... 4 Testimonios de las actas de protocolización de protesto de documentos mercantiles y bancarios; 5 Acta Notarial en la que conste el saldo que existiere en contra del deudor, de acuerdo con los libros de contabilidad llevados en forma legal...» También el último párrafo del artículo 1039 del Código de Comercio, estipula que: «...en materia mercantil, son títulos ejecutivos las copias legalizadas del acta de protocolación de protesto de documentos mercantiles y bancarios.

CAPITULO III DEL CONTRATO DE TRANSACCION

GENERALIDADES:

Como la mayoría de los contratos que regula la legislación Civil guatemalteca, el contrato de transacción fue conocido y regulado desde el derecho romano, en el cual se le daba la fuerza de un juicio, y continuó esta figura en las legislaciones posteriores.

El Tratadista Puig Peña, citando a Bartolo dice: «... Los considera como uno de los contratos más útiles al hombre, por que hace cesar las discordias y reestablece la paz entre las familia y los individuos.»³²

El tratadista Guillermo Cabanellas, define a la transacción como « Concesión que se hace al adversario a fin de concluir una disputa, causa o conflicto, aún estando cierto de la razón o justicia propia.»³³

La controversia, los derechos subjetivos en conflicto producen pérdida de tiempo, gastos y disgustos, pues en algunos casos lo dilatado que puede resultar un proceso, hace que la parte afectada o la más afectada desista tácitamente y en otros, esta parte sigue adelante, pese a los inconvenientes que pueda encontrar; y además cuando se logra una sentencia favorable, en un juicio ordinario de daños y perjuicios, por ejemplo, después de varios meses o años, nos recordamos de aquel refran que dice « La justicia tarde no es justicia», y aunque debe tomarse en cuenta que esa clase de juicios, es de conocimiento, lo que implica que con posterioridad, de ser necesario se seguirá un juicio de ejecución, que también puede resultar dilatado.

Como consecuencia de lo anterior, es preferible buscar una solución armónica, recordando el dicho popular: « más vale un mal arreglo que un buen pleito», lo que no necesariamente quiere decir que el arreglo sea malo.

La Transacción es sinónimo de acuerdo, negociación, componenda y por ende antónimo de desacuerdo, diferencia, desavenencia.

Por lo anteriormente descrito puede decirse que la transacción se da en el momento en que dos o más sujetos que tienen derechos subjetivos en conflicto, de los cuales conoce o puede llegar a conocer un órgano jurisdiccional, convienen en encontrar un punto de concordancia, para lograr resolver y darle fin parcial o total a aquellos derechos subjetivos en conflicto.

CONCEPTO:

Desde el punto de vista gramático, y conforme el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Transacción proviene del latín *transactio*, -onis. Acción

32 Federico Puig Peña Ob cit., pag. 373

33 Guillermo Cabanellas Ob cit., pag. 277

y efecto de transigir. Por extensión, trato, convenio, negocio.³⁴

El artículo 2151 del Código Civil establece: « La transacción es un contrato por el cual las partes, mediante concesiones recíprocas deciden de común acuerdo algún punto dudoso o litigioso, evitan el pleito que podría promoverse o terminan el que esta principiado. El código civil francés en el artículo 2,044, se refiere a este contrato como aquél « por el cual las partes ponen término a un pleito o evitan un pleito que pueda surgir». El Código Civil español, en el artículo 1809 lo define así: « Contrato por el cual las partes, dando, prometiéndolo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado»

El Código Civil de Colombia, en el artículo 2469, y el de Chile en el artículo 2446, siguen la tendencia del francés diciendo que « la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.»

Si analizamos la doctrina y la legislación encontramos que el contrato de transacción es producto de una obligación que se ha dejado de cumplir o que provenga como consecuencia de haber causado un daño o perjuicio a otra, ya sea por descuido, imprudencia, negligencia o impericia.

Como vemos el contrato de transacción no es independiente ya que nace como producto de una relación o hecho anterior, que ha sido o puede ser del conocimiento de un juez.

Si detenidamente vemos, encontraremos que existen denominadores comunes tanto en las definiciones doctrinarias como en la legislación comparada, siendo estos denominadores comunes:

- a) que las partes se hacen recíprocas concesiones; y
- b) que esas concesiones se hacen con el fin de poner término a una contienda que se ha promovido o evitar una futura.

Dichas concesiones recíprocas pueden consistir en el reconocimiento o en la renuncia de derechos sean estos reales o personales.

NATURALEZA JURIDICA

Como consecuencia que el contrato de transacción surge en virtud de derechos subjetivos en conflicto o que pueden ser objeto de ellos, se ha discutido mucho sobre la naturaleza jurídica de este contrato, así podemos citar lo que externan al respecto varios tratadistas:

Federico Puig Peña, dice: « La naturaleza jurídica del contrato transaccional ha

³⁴ Ob. cit. pag. 1330

sido muy discutida, una interpretación histórica de este instituto lo ha configurado como un contrato de particular esencia traslativa y ello lo refleja el antiguo adagio forense *Transigiere est alienare*, pero ya los juriconsultos franceses de la época anterior insistieron en dotar el contrato solo de efectos declarativos ... - Esta naturaleza declarativa de la transacción se continuó en la doctrina, pero el criterio de algunos juriconsultos, que insistían en ver una enajenación en la cesión que cada contratante hacía de parte del derecho que creía asistirle. Pero la moderna doctrina cuida de distinguir entre la transacción pura y la compleja. En la transacción pura o particional, los efectos de la misma son puramente declarativos. en cambio en la transacción compleja se estima que produce efectos traslativos en orden a los objetos extraños al litigio; siendo sólo declarativa por lo que se refiere a los reconocimientos y renunciaciones de pretensiones. « 35

La Licenciada Gilda Violeta Rodríguez V., al respecto de la naturaleza jurídica de la transacción dice: « La transacción es un contrato accesorio, bilateral y oneroso. La generalidad de las legislaciones, como hace notar Moxo, la declaran también consensual, porque en ellas el requisito de la forma, o queda encomendada a la regulación de los demás contratos, o, a los más, se exige la forma escrita como medio de prueba. Cuando se dice que el contrato de transacción es accesorio, lo que se sostiene es que tiene en todo caso, como supuesto o antecedente, una relación jurídica objetiva, o subjetivamente incierta, susceptible de desembocar en una contienda judicial. La esencia bilateral de la transacción se manifiesta claramente en la necesidad, para que exista, de las recíprocas concesiones de las partes que lo celebran. La naturaleza bilateral de la transacción se desprende lógicamente de la finalidad con ella perseguida, ya que una obligación unilateral no puede tener jamás carácter transaccional, podrá ser renuncia, allanamiento, reconocimiento pero de ninguna manera transacción. La onerosidad de la transacción es una consecuencia obligada de la necesidad de prestación recíproca para la existencia de este contrato. « 36

El Licenciado Ernesto R. Viteri, citando al tratadista La Cruz Berdejo, dice : « Señalan que la transacción no tiene efecto declarativo, ni traslativo, pues por una parte, en el contrato de transacción no se da la razón, ni se reconoce o declara el derecho de ninguna de las partes, aparte de que la equiparación del contrato de transacción a una sentencia judicial es jurídicamente inaceptable pues si ambas solventan una discusión lo hace «la primera mediante un arreglo por esencia dispositivo y la segunda mediante la declaración del derecho» y con esos argumentos y siguiendo a Santoro - Pasarelli, esos autores concluyen,

35 federico Puig Peña Ob. cit. pag. 377 y 378 Tomo IV

36 Rodríguez V. Gilda Violeta *Lecciones Seleccionadas y casos de Derechos Civil*.

Edit. de la Coop. de Ciencias Políticas, R.L. USAC. Guatemala, pag. 437 y 438 1992

doctrinariamente se discute si la naturaleza jurídica de la transacción es declarar una situación preexistente, que queda fijada en sus verdaderos términos hasta entonces inciertos o si como, en cambio, suponer una transferencia de derechos, es decir, que por cada parte se transfiere lo que la otra parte le reconoce o asigna»³⁷ El tratadista Diego Espin Canovas, al tratar el tema de la naturaleza jurídica establece: «...Por consecuencia son necesariamente caracteres de este contrato el ser bilateral o plurilateral, oneroso y, ya que si fuese unilateral, se trataría de una renuncia o reconocimiento, y si fuese gratuito no habría reciprocidad de concesiones. Y declarativo; se ha discutido mucho sobre el carácter traslativo o simplemente declarativo de la transacción, frente a la antigua teoría que mantenía el carácter traslativo, conforme el aforismo *transigiere est alienare*, hoy día predomina la opinión de que la transacción no atribuye derechos nuevos, sino tan solo produce el reconocimiento de derechos que ya pertenecían a cada parte y que, por tanto, es un acto puramente declarativo.»³⁸

De lo anterior, podemos concluir que la naturaleza jurídica es polifacética, ya que este tipo de contrato es : a) Formal, ya que debe de estar por escrito; b) Pluripersonal, puesto que necesariamente deben concurrir más de una persona; c) Es oneroso, ya que en el mismo deben existir reciprocidad de concesiones, aunque debe de tenerse presente que no es oneroso en el sentido estricto sensu, pues no necesariamente deben fijarse las concesiones en dinero, sino es oneroso en cuanto al valor subjetivo que esas concesiones representan para cada una de las partes y; d) es declarativa, ya que para este tipo de contratos se reconoce el recíproco reconocimiento de derechos, y e) traslativa, cuando existe atribución de derechos de una parte a otra, y f) consensual, porque para su celebración se necesita el consenso y consentimiento de las partes. Elementos anteriores que son recogidos por la legislación civil guatemalteca.

CLASIFICACION

En cuanto a la clasificación del contrato de transacción podemos enfocarla desde el punto de vista de forma y otra desde el punto de vista de fondo.

a) En cuanto a la forma: El código Civil establece en el artículo 2, 169, que la transacción debe redactarse por escrito, sea en escritura pública o en documento privado legalizado por notario; o bien, mediante acta judicial, o petición escrita dirigida al juez, cuyas firmas estén autenticadas por notario.

Como puede analizarse, la redacción del precepto jurídico antes transcrito, no es la más apropiada, al menos en cuanto a su primera parte, ya que puede leerse: «

³⁷ Ob. cit. pag. 546

³⁸ Diego Espin Canovas, Editorial Revista de Derecho Privado Madrid España

... o en documento privado legalizado por notario...» La intención del legislador es que la firma o las firmas que calzan el documento privado sean legalizadas, ya que el notario, no puede legalizar documentos. Lo anterior con fundamento en los artículos 54 y 55 del Código de Notariado, en los cuales se faculta al notario a legalizar: « a) firma; b) copias de documentos. aunque si atendemos al espíritu de la ley y a la historia fidedigna a la figura de la transacción, interpretaremos que el legislador se refiere a la auténtica de las firmas y no del documento como se dijo anteriormente. Como vemos la participación del notario es vital, ya que si la transacción se hace en documento privado, las firmas que calcen a este deben estar legalizadas y si se hace constar en escritura pública, tácitamente se entiende la participación del notario.

Analizando el artículo 2,169, no solo se queda en la fase in jus vivere(viviendo dentro del derecho), es decir que la actuación del notario no sólo se da antes que existan derechos subjetivos en conflicto, sino que una vez que esos derechos subjetivos en conflicto se han dado, puede darse que en el interior de los juicios de cognición las partes encuentren fórmulas ecuanímes para dar por finalizada la litis, por lo que el citado artículo regula que: « ... o petición escrita dirigida al juez, cuyas firmas estén autenticadas por notario.» Principio que regula el código de ética profesional de Abogados y Notarios de Guatemala, en la norma 26a, establece : « el Abogado siempre debe procurar la terminación de los asuntos mediante una justa transacción.»

b) En cuanto al fondo:

Atendiendo a que las exposiciones que para el efecto han formulado varios tratadistas y estudiosos del derecho civil, podemos ver que en cuanto a las clases de transacción, atendiendo al fondo, se clasifican así:

- 1) Simple;
- 2) Compleja

SIMPLE:

En cuanto a la simple es aquella mediante la cual se formulan recíprocas concesiones de las pretensiones de cada parte, sustituyendo la incertidumbre sobre la cuestión controvertida por la seguridad que para cada parte implica el reconocimiento de sus derechos por la contraria. Dicho en otras palabras, sólo se produce el reconocimiento de derechos que ya pertenecían a cada parte y que por lo tanto es un acto puramente declarativo.

COMPLEJA:

La transacción compleja va más allá, pues en esta no sólo se declara el reconocimiento de derechos de las partes, sino que en ella se obtiene el reconocimiento o la renuncia del derecho controvertido, a cambio de una prestación extraña a la litis, ya sea que ésta, la litis, sea puesta en conocimiento de juez o no, y en esta además surge una prestación extraña o diferente a la de la contienda.

OTRAS CLASIFICACIONES:

- 1) JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL
- 2) TOTAL O PARCIAL

JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL:

En cuanto a la primera, o sea la judicial es aquella que pone fin en forma normal a un pleito o litis, de la cual esta conociendo el Organismo jurisdiccional competente, y la segunda, o sea la extrajudicial es aquella que se da cuando la litis aun no se ha puesto en conocimiento del juez y el notario actúa en su calidad de imparcial, orientando y asesorando a sus clientes, para encontrar una fórmula ecuatoria, para resolver la prima fase, de lo que puede ser la litis que es el diferendo de criterios. En cuanto a la judicial deberá presentarse solicitud al juez competente para que apruebe la transacción, misma que podrá constar en el mismo escrito, con firma legalizada, en la que conste dicha transacción, y en la segunda, es decir extrajudicial, basta con que conste por escrito, ya sea en documento privado, con firma legalizada o en escritura pública.

TOTAL O PARCIAL.

La legislación civil guatemalteca, regula en el artículo 2,153, que la transacción puede referirse a todos o solamente a algunos de los puntos controvertidos; pero en todo caso no se comprende en la transacción sino lo que se ha expresado por las partes, sea que la intención de ellas se hubiere manifestado en términos generales o especiales o que conozca esta intención como consecuencia necesaria de lo expresado en el convenio. Como se desprende del citado precepto jurídico, la transacción puede ser parcial o total con el requisito sine qua non que la misma haga en forma expresa clara y concisa, cuyos efectos es limitado a los puntos o cuestiones específicamente señalados.

ELEMENTOS:

Pese a que el contrato de transacción no está dentro de los regulados como solemnes, de conformidad al artículo 1577, del código Civil, la propia legislación civil expresa que el mismo puede constar en escritura pública, la cual es la máxima expresión de la función notarial, la ley regula ciertos elementos que deben concurrir para la validez de la misma. Estos elementos son analizados por la doctrina y regulados por la legislación guatemalteca, así encontramos que el artículo 2,152, del código Civil establece "Para que la transacción sea válida se requiere: 1o) Que las partes tengan capacidad para disponer de lo que sea objeto de la transacción; 2o) Que las cosas o cuestiones sobre las cuales se transigen sean dudosas o litigiosas; 3o) Que las partes se prometan, cedan o den algo recíprocamente; 4o) Que cuando se celebre por medio de mandatario, este tenga facultad especial, no solo para transigir, sino para los actos o contratos derivados de la transacción que necesiten facultad especial.

Analizando a continuación el elemento de capacidad. En cuanto a este elemento debemos de tomar en cuenta que se refiere a una capacidad sui generis (especial) y no a la capacidad lato sensu que regula el artículo 8 del código Civil, es decir que la capacidad que requiere la legislación civil para la validez de la transacción va más allá de aquella aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones, pues además de ellos se requieren que el o los sujetos que participen de la transacción deben tener capacidad para disponer de aquello que es o sea objeto de la transacción, a guisa de ejemplo, veamos que los representantes de los menores o incapaces o sea quien ejerce la patria potestad, (artículo 264 del Código Civil), no pueden transigir sobre los bienes de las personas que representan sin autorización judicial (artículo 2159 del Código Civil y 420 del Código Procesal Civil y mercantil). Como vemos los representantes de los menores o incapaces, gozan de capacidad desde el punto de vista lato sensu (artículo 8 del Código Civil), pero mientras no tengan la autorización judicial respectiva para transigir sobre aquellos bienes, no tendrán la capacidad sui generis a que me refiero y es a lo que el artículo 2,152 del Código Civil, requiere.

Otro ejemplo menos complicado es el caso de los cónyuges, quienes, no pueden transigir sobre los bienes comunes sin el consentimiento del otro (artículo 2,160 del Código Civil), este requisito deberá de constar en el documento privado, escritura pública o en el escrito dirigido al Juez (artículo 2,169 del Código Civil).

DERECHOS NO SUSCEPTIBLES DE TRANSACCION

No todos los derechos son susceptibles a ser objeto de transacción, así encontramos en el artículo 2,158 del Código Civil, que establece: « Se prohíbe transigir: 1o) Sobre el estado civil de las personas; 2o) Sobre la validez o nulidad del matrimonio o del divorcio; 3o) Sobre la responsabilidad penal en los delitos que dan lugar a procedimiento de oficio, pero puede transigirse sobre la responsabilidad civil proveniente del delito; 4o) Sobre el derecho a ser alimentado, pero no sobre el monto de los alimentos y sobre alimentos pretéritos; 5o) Sobre lo que se deja por disposición de última voluntad, mientras viva el testador o donante.

REGULACIONES ESPECIALES

Así mismo debe de tomarse en cuenta que el mandatario debe tener no sólo facultad especial para transigir sobre bienes o derechos de su mandante sino que debe también tener las facultades necesarias para suscribir (documento privado) u otorgar (escritura pública) derivados de la transacción.

En esta misma situación podemos ubicar los siguientes casos: 1o) Los que administran bienes nacionales o municipales, solo podrán transigir con autorización o aprobación del ejecutivo; 2o) Las asociaciones se ajustaran para transigir, a la ley de su creación o al instrumento de su constitución, o estatutos. A falta de dichas disposiciones se procederá con autorización judicial. 3o) Ni aún después de que el menor haya cumplido la mayoría de edad, o el Incapaz haya sido rehabilitado, podrá transigir con él sobre los bienes que administró, si no están aprobadas judicialmente, las cuentas de la tutela y canceladas las garantías legales; 4o) Los depositarios sólo podrán transigir sobre sus derechos y gastos causados en la conservación del depósito, pero no sobre la cosa objeto del depósito; 5o) Para que el socio administrador o representante pueda transigir sobre los bienes o derechos pertenecientes a una sociedad necesita autorización expresa.

En el primer caso, como vemos es lógico ya que quienes administran bienes nacionales o municipales, son los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo y éstos son temporales, en el caso del ejecutivo: el presidente, los ministros del estado; y las municipalidades, el Alcalde o síndico que haga sus veces, y además al hablar de bienes del estado, estamos refiriéndonos a bienes del pueblo, los que sólo están bajo la administración de los citados funcionarios públicos; y en cuanto a bienes municipales nos referimos a bienes del municipio que se

encuentran bajo la administración de el Alcalde Municipal.

Con relación a las Asociaciones, éstas como sabemos son representadas por su presidente o por quien determine la Asamblea General, en su defecto la ley que los creó o sus estatutos, pero quien represente a la Asociación no podrá transigir si no cuenta con dicha autorización especial y en su defecto, tendrá que gestionar la autorización por medio de un órgano jurisdiccional. Si la autorización emanara de la Asamblea General, ésta deberá de constar en el respectivo libro de actas, el que deberá de estar debidamente autorizado para tal efecto y en su defecto la resolución de dicha Asamblea General deberá de constar en acta notarial, en ambos casos el notario que autorice la escritura de transacción deberá de transcribir la referida autorización, emanada de la Asamblea General.

En el último caso, podemos analizar el artículo siguiente:

a) el artículo 47 del Código de Comercio establece en su parte conducente, que los administradores o gerentes tienen, por el hecho de su nombramiento, todas las facultades para representar judicialmente a la sociedad. Tendrán además las que se requieran para ejecutar los actos y celebrar contratos que sean del giro ordinario de la sociedad, según su naturaleza y objeto.

Como vemos el Administrador o Gerente, quienes por lo general son los representantes de las Sociedades Mercantiles, deben contar con la respectiva autorización para transigir sobre bienes o derechos de sus representadas, circunstancia que debe constar ya sea en el libro de actas debidamente autorizado o en acta Notarial.

OBLIGACIONES QUE EL NOTARIO DEBE CUMPLIR

El notario que autoriza una escritura de transacción debe de observar en cuanto a las obligaciones previas, que quien otorgue una escritura de transacción, especialmente de quien se obliga en el caso de la transacción compleja, tenga capacidad de disponer del bien objeto de transacción, es decir la actividad calificadora de la función notarial, y para tal calificación, deberá de calificar la documentación que le sea representada, y si además de tener facultades para transigir, puede suscribir u otorgar los respectivos documentos y/o instrumentos públicos.

Respecto a las obligaciones simultáneas el notario, deberá de transcribir en el instrumento respectivo la autorización judicial, en el caso de representante de menores, incapaces o Asociaciones, en este último si el caso requiriere de autorización judicial; o la autorización administrativa en el caso de quienes administran bienes del Estado o Municipales, y como último caso la autorización

de la Asamblea General, sea esta ordinaria o extra ordinaria.

Las obligaciones posteriores serán extender el testimonio, remitir avisos que el caso ameritara, y por su puesto remitir el testimonio especial dentro de los 25 días siguientes de haber autorizado el instrumento.

ALGUNOS MODELOS DE TRANSACCIÓN

1) MODELO DE TRANSACCIÓN EN ESCRITURA

CINCUENTA (50) En la ciudad de Guatemala, el veinte de enero de mil novecientos noventa y cinco, ante mi MARÍA CELSA MENCHU ULIN, Notario, comparecen, por una parte el señor ANTONIO RIVERA ORTIZ, de cincuenta años de edad, casado, comerciante; y por la otra la señora CAROLINA ASTURIAS RAMÍREZ, de cuarenta años de edad, soltera, ama de casa, ambos son guatemalteco, de este domicilio a quienes doy fe de conocer. Los comparecientes declaran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles y que por el presente instrumento celebran contrato de TRANSACCIÓN, contenido en las siguientes cláusulas: PRIMERA: Declara el señor Antonio Rivera Ortiz, que es propietario de la casa ubicada en la tercera avenida trece guión treinta y seis de la zona ocho de esta ciudad, inmueble que se encuentra inscrito en el Registro General de la Propiedad como finca urbana número noventa, folio noventa del libro diez de Guatemala. SEGUNDA: Por su parte la señora CAROLINA ASTURIAS RAMÍREZ, manifiesta que es propietaria de la casa ubicada en la tercera avenida trece guión treinta y ocho, de la zona ocho de esta ciudad, el que se encuentra inscrito como finca urbana, en el registro General de la Propiedad, número noventa y uno, folio noventa y uno del libro diez de Guatemala, TERCERA: Declara la señora CAROLINA ASTURIAS RAMÍREZ, que entre su propiedad y la del señor Antonio Rivera Ortiz, existe una pared medianera y que por error de los albañiles al construir una habitación utilizaron precisamente dicha pared medianera, sin contar con el consentimiento de su vecino, lo que ha provocado protestas y reclamos, situación que está a punto de llevarse a los Tribunales de Justicia, mediante la prosecución de un juicio ordinario de daños y perjuicios. CUARTA: Ambos comparecientes declaran que con el objeto de poner fin al problema, han decidido transar de conformidad con las estipulaciones siguientes: a) La señora Carolina Asturias Ramírez, entrega en este momento al señor ANTONIO RIVERA ORTIZ, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios que pudieron habersele provocado, la cantidad de CINCO MIL

QUETZALES, suma que el señor Rivera Ortiz, recibe satisfactoriamente; b) El señor Rivera Ortiz, se compromete a permitir que la construcción de la señora Asturias Ramírez, continúe utilizando la relacionada pared medianera, en la forma que hasta ahora lo ha hecho, por el plazo de quince años más, obligándose a no promover ningún juicio, ni reclamación alguna, durante ese tiempo; c) Por su parte la señora Carolina Asturias Ramírez, se compromete a velar por el buen mantenimiento de la pared medianera, quedándole prohibido abrir puertas y ventanas en la misma. El infrascrito notario, da fe: a) que lo escrito le fue expuesto; b) de haber tenido a la vista los testimonio de las escrituras quince y noventa. autorizadas en esta ciudad por la infrascrita notario, el veinte de enero y treinta de abril, de mil novecientos setenta y nueve, respectivamente, con los que los comparecientes acreditan sus respectivos derechos de propiedad; c) de haberles leído en forma íntegra el contenido del presente instrumento, y de haberles advertido de su contenido, objeto y validez; y d) Que los comparecientes aceptan el contenido íntegro del presente instrumento, quienes enterados del mismo lo ratifican, aceptan y firman. - - - - -

f

f

ANTE MI:

firma de la notario

2) MODELO DE TRANSACCIÓN DE ESCRITURA POR COLISION DE VEHICULOS

CINCUENTA Y UNO (51) En la ciudad de Guatemala, el veintiuno de enero de mil novecientos noventa y cinco, ante mi MARÍA CELSA MENCHU ULIN, Notario, comparecen, por una parte, el señor JUAN FRANCISCO ALVIZUREZ MENDOZA, de treinta y un años de edad, soltero, guatemalteco, de este domicilio, oficinista, se identifica con la cédula de vecindad número de orden A - uno y de registro diez mil once, extendida por el Alcalde Municipal de Mixco, Guatemala; y por la otra el señor SALOME ESTRADA HERRERA, de cuarenta y un años de edad, casado, guatemalteco, piloto automovilista, de este domicilio, a quien doy fe de conocer. Los comparecientes declaran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles y que por el presente instrumento celebran contrato de TRANSACCIÓN, contenido en las cláusulas siguientes: PRIMERA: Que hoy, a eso de las quince horas, en el cruce de la treinta y cinco calle y Calzada Aguilar Batres, zona once de esta ciudad, por circunstancias que no vienen al caso, el

señor Juan Francisco Alvizurez Mendoza, colisionó, en la parte trasera del vehículo, propiedad del señor Francisco Salome Estrada Herrera, con placas de circulación particular cuarentá mil doscientos cuarenta y ocho. SEGUNDA: Que para no acudir a dilucidar el asunto ante los Tribunales respectivos, para el pago de los daños y perjuicios que resultaron como consecuencia de la colisión mencionada, los comparecientes convienen en transar el monto de la reparación de los daños causados, en la cantidad que más adelante se detalla, y el señor Salome Estrada Herrera, en forma expresa renuncia al cobro de los perjuicios que dicho hecho de tránsito le pudieran haber ocasionado. TERCERA: Ambos comparecientes, declaran que con el fin de poner término al problema, y para cubrir el monto de los daños del vehículo del señor Salome Estrada Herrera, el señor Juan Francisco Alvizurez Mendoza, se compromete a reparar por su cuenta todos los daños ocasionados al vehículo relacionado, lo que ascienden a la cantidad de DIEZ MIL QUETZALES, rigiendo además las condiciones siguientes: a) PLAZO: será de cuatro meses contados a partir de la presente fecha; b) correrán por cuenta del señor Juan Francisco Alvizurez mendoza, los honorarios del presente instrumento, así como en caso de incumplimiento las respectivas costas judiciales y extrajudiciales que pudieran ocasionarse; c) señala como lugar para recibir citaciones o notificaciones su lugar de residencia ubicada en la quinta calle diez - once, zona dos de esta ciudad; d) En caso de incumplimiento, renuncia al fuero de su domicilio y se someterá a los tribunales que el señor Estrada Herrera elija; e) Que cualquier asunto que deba dilucidarse como incumplimiento de la presente transacción se someterá el procedimiento del juicio sumario que regula el Código Procesal Civil y Mercantil. El infrascrito Notario da fe: a) Que lo escrito le fue expuesto; b) de haber tenido a la vista la cédula de vecindad relacionada; c) de haber advertido a los comparecientes del contenido del presente instrumento, así como de haberselos leído; d) Que los comparecientes enterados del contenido, objeto y validez de la presente escritura, la ratifican, aceptan y firman. - - - - -

f)

f)

ANTE MI
FIRMA DEL NOTARIO

MODELO DE TRANSACCIÓN EN ESCRITO DIRIGIDO A UN JUEZ
EJECUTIVO No 543-94 NOTIFICADOR 3
SEÑORA JUEZ PRIMERO DE PAZ CIVIL:

SANDRA LETICIA OCHOA PAZ; y JULIO RENE GÁLVEZ MÉNDEZ, ambos de datos de identificación personal conocidos en el juicio ejecutivo arriba identificado, ante usted, respetuosamente comparecemos y:

EXPONEMOS:

Como consta en autos, con motivo del incumplimiento de una obligación, por factores ajenos y que no viene al caso citar, se dio origen a la litis que origino la presente ejecución, por lo que atendiendo a dichas circunstancias y para darle fin a dicha ejecución, y levantar las medidas cautelares decretadas, hemos llegado con la parte actora a una transacción, en los términos siguientes:

I) YO Sandra Leticia Ochoa Paz, autorizo para que la parte actora pueda retirar la cantidad de SEISCIENTOS CUARENTA QUETZALES CON SETENTA CENTAVOS, de los descuentos efectuados del sueldo que devengo en la compañía Transformadora, Sociedad Anónima, descuentos que se originaron por orden de este Tribunal, dentro de la presente ejecución;

II) Por mi parte yo Julio Rene Gálvez Méndez, en forma expresa acepto los términos de la presente transacción a que hemos llegado con la parte demandada, toda vez que la cantidad indicada, cubre, capital e intereses reclamados. Por lo anterior, al señor Juez:

SOLICITAMOS

- a) Se incorpore a sus antecedentes el presente escrito;
- b) se tenga por presentada la presente transacción;
- c) En virtud de estar ajustada la presente transacción se dicte la resolución que en derecho corresponde aprobándola;
- d) Se libre oficio al Cajero pagador de la Compañía Transformadora Sociedad Anónima, a efecto entregue al señor Julio Rene Gálvez Méndez, la cantidad de SEISCIENTOS CUARENTA QUETZALES CON SETENTA CENTAVOS, de los descuentos que de mi sueldo se han efectuado, por orden de este juzgado;
- e) Se levante el embargo decretado en contra de la señorita Sandra Leticia Ochoa Paz, entregándole cualquier excedente que pudiera haber a su favor, oficiándose para el efecto al respectivo Cajero Pagador;
- f) Que una vez entregada dicha cantidad a la parte actora se de por finalizada la presente ejecución

CITA DE LEYES:

Fundamos nuestra petición en los artículos siguientes: 1, 7, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 33, 44, 50, 51, 62, 63, 79, 86, 301, 302, 305, 307, 321, 337, 328, 329, 527 del Código Procesal Civil y Mercantil; 141, 142, 143, 159, 160, 165, de la Ley

del Organismo Judicial; 2151, 2153, 2154, 2155, 2169 del Código Civil.
Acompaño el presente escrito con 3 copias.

Guatemala, 3 de marzo de 1,995

f)

EN SU AUXILIO

f)

EN SU AUXILIO

AUTENTICA: En la ciudad de Guatemala, el tres de marzo de mil novecientos noventa y cinco, como notario doy Fe, que la firmas que anteceden a los auxilios son AUTENTICAS, por haber sido puestas hoy a mi presencia por la señorita SANDRA LETICIA OCHOA PAZ y el señor JULIO RENE GÁLVEZ, a quienes doy fe de conocer. Las firmas que se legalizan calzan un escrito dirigido al juez primero de paz civil, juicio ejecutivo número quinientos cuarenta y tres - noventa y cuatro, a cargo del notificador tercero, en virtud del cual presentan transacción dentro de dicha ejecución. Los signatarios leen lo escrito, lo ratifican, aceptan y firman.

f)

f)

ANTE MI:

Firma y sello del Notario

MODELO ESCRITURA DE TRANSACCIÓN CON REPRESENTACIÓN

CINCUENTA Y DOS (52) En la ciudad de Guatemala, el diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cinco, ante mi MARÍA CELSA MENCHU ULIN, Notario, comparecen por una parte, el Licenciado MIGUEL SANTIZO PALACIOS, de treinta años de edad, casado, guatemalteco, Abogado y Notario, de este domicilio, a quien doy fe de conocer, quien actúa en su calidad de Gerente General y Representante Legal de la entidad Ramada Altense, Sociedad Anónima, lo que acredita mediante acta notarial que contiene su nombramiento como tal, autorizada en esta ciudad, por el Notario, Cesar Inés Argueta Duarte, con fecha quince de junio de mil novecientos noventa y cuatro, la que se encuentra inscrita en el Registro Mercantil General de la República, con el número ciento nueve mil trescientos setenta, folio veintiuno, del libro sesenta y dos de auxiliares de comercio, el veintiocho de julio de mil novecientos noventa y cuatro; y por la otra el Ingeniero Carlos Roberto Moino Duarte, de cuarenta años de edad, casado,

guatemalteco, de este domicilio, Ingeniero Agrónomo, quien se identifica con la cédula de vecindad número de orden A - uno y de registro doscientos veintiséis mil doscientos sesenta y ocho, extendida por el Alcalde Municipal de esta ciudad. El Infrascrito Notario hace constar que la representación que se ejercita es suficiente conforme a la ley y a mi juicio para el otorgamiento del presente instrumento. Los comparecientes manifiestan hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles, ser de los datos de identificación personal consignados y que por el presente instrumento otorgan contrato de TRANSACCIÓN, contenido en la siguientes cláusulas: PRIMERA: Manifiesta el Licenciado Miguel Santizo Palacios, en la calidad con que actúa, que su representada Ramada Altense, Sociedad Anónima, inicio juicio ejecutivo en la vía de apremio tramitado ante el Juzgado Quinto de Primera Instancia Civil, identificado con el número cuatrocientos sesenta y dos - noventa y cuatro, a cargo del oficial y notificador tercero, en contra del señor Carlos Roberto Moino Duarte, juicio que a la presente fecha se encuentra en la etapa procesal de otorgar la escritura traslativa de dominio en rebeldía del demandado. SEGUNDA: Manifiesta el señor Miguel Santizo Palacios, que conforme se establece en el acta donde consta su nombramiento como Gerente General y Representante Legal de la entidad Ramada Altense, sociedad Anónima, tiene facultades, para transar por lo que en tal virtud, celebra el presente contrato con el señor Carlos Roberto Moino Duarte. TERCERA: Manifiestan los señores Miguel Santizo Palacios y Carlos Roberto Moino Duarte, que para ponerle fin al proceso relacionado en la cláusula anterior, transan de la siguiente forma: A) El señor Carlos Roberto Moino Duarte, entrega en este momento a la entidad Ramada Altense, Sociedad Anónima, la cantidad de TREINTA Y SEIS MIL QUETZALES, y en el plazo de treinta días, contados a partir de la fecha del presente contrato, hará entrega de la cantidad de TREINTA Y CUATRO MIL QUETZALES, cantidades que suman un total de SETENTA MIL QUETZALES y que cubre, capital demandado, intereses, costas Judiciales, interese moratorios y manejo de cuenta; b) Por su parte el Licenciado Miguel Santizo Palacios, se compromete a no comparecer a otorgar la escritura traslativa de dominio, ni hacer ninguna clase de gestiones ante el juzgado donde se tramita el juicio relacionado y durante el plazo del presente contrato, en el entendido que a falta de pago de la cantidad pactada de TREINTA Y CUATRO MIL QUETZALES, en la forma, modo y tiempo convenidos, a su representada, expresamente convienen en que se deberá hacer la devolución de la cantidad ya pagada y se continuará con el trámite del juicio ejecutivo antes relacionado hasta el

otorgamiento de la escritura traslativa de dominio y si fuere el caso, al momento del pago de la cantidad adeudada, el Licenciado Miguel Santizo Palacios, se compromete a entregar el desistimiento total del proceso de mérito. CUARTA: Manifiestan los otorgantes que aceptan el contenido del presente contrato en los términos relacionados y ambos para los efectos del cumplimiento de sus obligaciones, renuncian al fuero de su domicilio y se someten a los tribunales de esta ciudad capital, señalando como lugar para recibir notificaciones y citaciones: el Ingeniero Carlos Roberto Moino Duarte, la doce calle A tres - veinte de la zona uno de esta ciudad; y el Licenciado Miguel Santizo Palacios, la doce calle siete - cuarenta y dos, de la zona diez de esta ciudad capital. El infrascrito Notario da FE: a) Que lo escrito le fue expuesto; b) de haber tenido a la vista la cédula de vecindad relacionada, así como el documento con el cual se acredita la representación que se ejerce; c) de haber advertido a los otorgantes sobre los efectos legales del presente contrato; y d) de haberles leído íntegramente lo escrito a los otorgantes, quienes enterados del mismo, su objeto, validez y efectos, lo ratifica, acepta y firma.

f) ANTE MI:

MODELO DE TRANSACCIÓN PURA O PARTICIONAL

CINCUENTA Y CUATRO (54) En la ciudad de Guatemala, el diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cinco, ante mi MARÍA CELSA MENCHU ULIN, Notario, comparecen, por una parte el señor: JUAN VALERIO AVALOS URRUTIA, de cincuenta años de edad, casado, comerciante; y por la otra la señora CLAUDIA MERCEDES ARAUJO DUBON, de cuarenta años de edad, soltera, ama de casa, ambos son guatemaltecos, de este domicilio a quienes doy fe de conocer, quienes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles y que por este acto celebran CONTRATO DE TRANSACCIÓN, contenido en las siguientes cláusulas: PRIMERA: Manifiesta el señor Avalos Urrutia, que ha promovido juicio sumario en virtud del cual reclama la desocupación del inmueble inscrito en el Registro General de la propiedad como finca quince, folio diez, del libro cinco de Guatemala, consistente en terreno sin construcción ubicado en jurisdicción del municipio de Mixco, Guatemala, el que tiene el área, medidas y colindancias que le apareen en la primera inscripción de dominio. SEGUNDA: manifiestan los comparecientes, que ambos tienen sus respectivos documentos, con los que acreditan propiedad sobre la finca relacionada en la cláusula anterior, por lo que dichos extremos dio motivo a que surgieran derechos

subjetivos en conflicto y se promoviera el juicio antes relacionado y la señora Araujo Dubón, al hacer uso de su derecho de defensa, interpuso excepciones previas, lo que hace que el relacionado juicio aún no entre en su fase de conocimiento. TERCERA: Atendiendo lo anterior y habiendo encontrado fórmulas que concluyen en una justa transacción los comparecientes han convenido que de dicho inmueble se desmembrará una fracción de terreno equivalente al cincuenta por ciento del área total del mismo, la que será adjudicada al señor Juan Valerio Avalos Urrutia. CUARTA: Dicha fracción tendrá un área de doscientos veinticinco metros cuadrados, con las medidas y colindancias siguientes: NORTE: quince metros con lote número cinco, de la fracción A; SUR: quince metros con lote número veinte de la fracción A; ESTE: quince metros con lote cinco de la fracción B, calle de por medio y al OESTE: quince metros con lote diez de la fracción C, calle de por medio. Por advertencia del infrascrito Notario, la señora Araujo Dubón, declara que sobre el inmueble del cual se desmembrará la referida fracción no pesan gravámenes ni limitaciones que puedan afectar los derechos del adjudicatario y que éste enterado de las responsabilidades en que incurre de no ser cierta tal declaración. QUINTA: Por su parte el señor Avalos Urrutia, declara que en los términos relacionados acepta la adjudicación de la relacionada fracción de terreno. SEXTA: Los comparecientes declaran que en virtud de dicha transacción desistirán recíprocamente de las acciones promovidas ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, dando por terminado así el litigio originado entre ellos. SÉPTIMA: Conviene los comparecientes en que se protocolice el plano en el que obra el área, medidas y colindancias de la fracción de terreno relacionada en el presente instrumento, el cual consta en una hoja de papel especial calco, autorizado por el Ingeniero Rubén González Gamarra, el que pasará a ocupar el folio once, y quedará comprendido entre las hojas de papel sellado especial para protocolos número A ciento ochenta mil; y A ciento ochenta mil uno; y de registros ciento setenta y tres y ciento setenta y cuatro, respectivamente, del Registro Notarial a mi cargo. El Infrascrito Notario DA FE: a) De que lo escrito le fue expuesto; b) De haber tenido a la vista la cédula de vecindad relacionada, así como el testimonio de la escritura número doce, autorizada en esta ciudad, el quince de mayo de mil novecientos setenta, por la infrascrita Notaria, con la cual se acredita el derecho de propiedad que se ejerce; c) De haberles advertido a los otorgantes de la obligación del registro del Testimonio del presente instrumento en el Registro respectivo; d) De haberles leído a los otorgantes el contenido íntegro del presente

instrumento, quienes enterados del mismo, sus efectos y validez, lo ratifican aceptan y firman.

f) f)

ANTE MI

firma del notario

MODELO DE TRANSACCIÓN COMPLEJA:

CINCUENTA Y CINCO (55) En la ciudad de Guatemala, el diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cinco, ante mi MARÍA CELSA MENCHU ULIN, Notario, comparecen, por una parte el señor Luis Fernando Duarte Morales, de cuarenta y cinco años de edad, Ingeniero industrial; u por la otra la señora María de la Luz Duarte Morales, de cuarenta años de edad, ama de casa, ambos son casados, guatemaltecos, de este domicilio, a quienes doy fe de conocer, quienes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles y que por el presente instrumento otorgan contrato de TRANSACCIÓN contenido en las siguientes cláusulas: PRIMERA: Manifiestan los comparecientes, que con fecha diecisiete de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, promovieron proceso sucesorio intestado extrajudicial, del señor Juan Antonio Duarte Colindres, quien en vida fuera su señor padre, ante la función notarial de la infrascripta Notaria, y que el único bien objeto de dicho proceso sucesorio intestado extrajudicial, consiste en un inmueble inscrito en el Registro General de la Propiedad con el número veinte, folio dieciocho del libro cuarenta de Guatemala, el que consiste en terreno ubicado en la zona tres de esta ciudad. SEGUNDA: Siguen manifestando los comparecientes que en virtud de que el relacionado terreno, que cuenta ya con una construcción es de un área sumamente pequeña por lo que es difícil que ambos presuntos herederos puedan vivir con sus respectivas familia en dicho inmueble, lo que ha provocado el surgimiento de conflictos en sus derechos subjetivos. TERCERA: Los comparecientes expresamente manifiestan que han acordado una TRANSACCIÓN en cuanto a los derechos hereditarios que les corresponden, con respecto al proceso sucesorio de quien en vida fuera su señor padre, siendo la misma en los siguientes términos: I) El señor Luis Fernando Duarte Morales, cede sus derechos hereditarios que con relación al proceso sucesorio intestado extrajudicial antes indicado le corresponde, a favor de su hermana, la señora María de la Luz Duarte Morales. Por advertencia del infrascripto Notario, el señor Luis Fernando Duarte Morales declara que sobre los derechos que cede no pesan gravámenes ni limitaciones que puedan afectar los

derechos de la señora María de La Luz Duarte Morales y que esta enterado de las responsabilidades en que incurre si así no lo hiciera; II) en virtud de lo anterior, la señora María de la Luz Duarte Morales, manifiesta expresamente que acepta dichos derechos hereditarios y que en prestación de tal cesión, en estos momentos le hace formal entrega de un lote de muebles para oficina consistentes en dos archivos de cuatro gavetas cada uno, dos escritorios uno ejecutivo y otro secretarial, dos librerías, cuatro sillas, una máquina de escribir electrónica y un equipo de computación, que incluye impresora, CPU, monitor y su respectivo teclado. CUARTA: Los comparecientes declaran que en los términos relacionados aceptan el contenido del presente instrumento y el señor Luis Fernando Duarte Morales, especialmente los bienes muebles que se le entregan, los que declara tener ya en su poder. El infrascrito Notario da fe: a) Que lo escrito le fue expuesto, b) de haber tenido a la vista: I) la certificación extendida por el Registro General de la Propiedad; II) así como las respectivas certificaciones de las partidas de nacimiento de los comparecientes con lo que acreditan su derecho a suceder; III) certificación de defunción del señor Juan Antonio Duarte Colindres; IV) Factura expedida por la Distribuidora de Muebles para Oficina Con Muebles, Sociedad Anónima, de fecha 30 de abril de mil novecientos noventa y tres, número ciento cincuenta, con la que se acredita la propiedad de los bienes muebles relacionados; c) De haber advertido a los otorgantes del objeto, contenido y validez del presente instrumento, así como de habérselos leído íntegramente, quienes enterados del mismo, lo ratifican aceptan y firman.

f) f)

ANTE MI:

f)

firma del notario

MODELO DE TRANSACCIÓN EN DOCUMENTO PRIVADO CON FIRMA LEGALIZADA

En la ciudad de Guatemala, el uno de abril de mil novecientos noventa y cinco, nosotros Carlos Augusto Torres Paz, de veinticinco años de edad, casado, guatemalteco, de este domicilio, comerciante, me identifico con la cédula de vecindad número de orden A - 1 y de registro 23456, extendida por el Alcalde Municipal de esta ciudad, y Julia Maritza Morales Monroy, de veinticinco años de edad, soltera, guatemalteca, de este domicilio, con cédula de vecindad número de orden I - 9 y de registro 876, extendida por el Alcalde Municipal de Santa

María de Jesús, Quetzaltenango, por el presente documento convenimos en transar los daños provocados como consecuencia que las vacas del señor Carlos Augusto Torres Paz, se introdujeron en el terreno de la señora Julia Maritza Morales Monroy, habiendo destruido parte de la milpa y plantación de frijol que se encuentra en dicho terreno, daños estimados en UN MIL QUETZALES. En consecuencia de lo anterior, yo Julia Maritza Morales Monroy, presenté la demanda respectiva por los daños causados. Atendiendo dichas circunstancias y para no proseguir con el juicio iniciado, yo Carlos Augusto Torres, Paz, reconozco el daño causado y atendiendo al mismo, en este momento entrego a la señora Morales Monroy, veinte quintales de maíz y diez de frijol, con los cuales repone los daños antes indicados. Por mi parte Yo Julia Maritza Morales Monroy, acepto los quintales de grano que me entrega el señor Torres Paz, y me comprometo a desistir totalmente de la acción ejercida. Leído lo escrito, lo aceptamos, ratificamos y firmamos.

f)

f)

AUTENTICA:

En la ciudad de Guatemala, el uno de abril de mil novecientos noventa y cinco como Notario doy FE que las firmas que anteceden son AUTENTICAS, por haber sido puestas hoy a mi presencia por los señores CARLOS AUGUSTO TORRES PAZ y JULIA MARITZA MORALES MONROY, a quienes doy fe de conocer. Los signatarios leen lo escrito, lo ratifican aceptan firman. f)

f)

ANTE MI: firma y sello del notario.

CAPITULO IV EL CONTRATO DE COMPROMISO;

El contrato de compromiso lo define el tratadista Diego Espin Cánovas como la «Convención con que las partes entre las cuales haya surgido o pueda surgir una controversia, acuerdan someter su decisión al juicio de uno o más árbitros».

El tratadista Federico Puig Peña dice que contrato de compromiso es, de acuerdo a los principios generales de la doctrina: « Aquel contrato por cuya virtud dos o más personas acuerdan dirimir sus controversias por medio de la decisión de un tercero, de acuerdo con los procedimientos establecidos por las leyes »³⁹.

Para el tratadista Barbero, dice que contrato de compromiso es el «Contrato por el que dos partes convienen en que una controversia surgida entre ellos sea decidida por árbitros.»

Para el tratadista Albadalejo es «El acuerdo por el que las partes establecen que una controversia entre ellas, sea resuelta por uno o más terceros comprometiéndose a acatar su decisión».

Para el tratadista Sánchez Meda, Contrato de Compromiso es: « Contrato por el que dos o más personas se obligan a dirimir una controversia jurídica por medio de la decisión de un árbitro, de acuerdo con el procedimiento permitido por la ley y a cumplir el laudo que emita». Estos últimos tres tratadistas son citados por el Lic. Ernesto R. Viteri en su libro titulado Los contratos en el Derecho Civil Guatemalteco (Parte Especial)⁴⁰.

EL autor Guillermo Cabanellas expresa que «donde el vocablo compromiso adquiere mayor relieve jurídico es como contrato en virtud del cual las partes se someten al juicio de árbitros o amigables componedores para la resolución de un litigio o de una cuestión dudosa. También la escritura o instrumento en que se hace el convenio y el nombramiento de árbitros. »⁴¹.

El diccionario de la Real Academia Española nos dice que compromiso es «...2.- Convenio entre litigantes por el cual comprometen su litigio en jueces árbitros o amigables componedores. 3.- Escritura o Instrumento en que las partes otorgan este convenio...»

El código civil en el artículo 2,170 establece: «Por el contrato de compromiso las partes someten sus controversias a la decisión de árbitros».

Siguiendo la definición de Licenciado Ernesto Viteri, citando a Puig Brutau, lo define como «El Contrato de compromiso es el medio o instrumento para establecer contractualmente el arbitraje, como la institución procesal « por la que una o más personas dan solución a un conflicto, planteado por otras que se

39 Ob. Cit. pag.386

40 Ob. Cit. pag. 567

41 Ob. Cit. pag. 241

comprometen previamente a aceptar su decisión

CONTENIDO:

Como todo Instrumento Público, el contrato de compromiso deberá de cumplir con los requisitos contenidos en los artículos 29 y 31 del código de notariado, que ya se comentaron en el capítulo II del presente trabajo de tesis, pero además deberá de contener los requisitos contenidos en el artículo 272 del código procesal civil y mercantil, siendo éstos:

- a) Los nombres, apellidos, profesión, nacionalidad y domicilio de los árbitros;
- b) La controversia que se somete al fallo arbitral con expresión de sus circunstancias;
- c) El término dentro del cual los árbitros deban de pronunciar su laudo;
- d) El lugar donde deberá desarrollarse el arbitraje.

Los anteriores como requisitos esenciales, puesto que el mismo artículo citado contempla además otras circunstancias no esenciales, y se entiende que son no esenciales porque la ley al indicar que las partes podrán estipular los facultas, a consignar o no elementos como los siguientes:

- a) Que los árbitros podrán fallar conforme a su saber y entender, es decir no con sujeción a la ley;
- b) Podrán fijar también una indemnización por el incumplimiento del convenio, ya sea en sustitución o con independencia del derecho de pedir su ejecución;
- c) Así mismo tienen las partes, potestad de estipular en el contrato de compromiso, que los árbitros podrán condenar en costas a algunas de ellas.

En caso de que las partes no establezcan la clase de árbitros, se entenderá que estos serán de derecho.

Es importante hacer la observación que el hecho de que las partes no fijen el plazo para que los árbitros emitan su laudo, las funciones de éstos durarán cien días, contados a partir de la última notificación de que el tribunal se ha organizado (Arto. 274 del CPCYM)

NATURALEZA JURÍDICA:

La naturaleza jurídica del contrato de compromiso dice la Lic. Hilda Violeta Rodríguez V. que es: « Un contrato bilateral, oneroso y accesorio (esto último en el sentido en que se habla de la accesoriedad de la transacción. 42

REQUISITOS:

- a) Debe existir una controversia o litigio entre las partes, que no haya sido definitivamente resuelta.

42 Ob. Cit. pag. 457

b) El fin elemental y fundamental del contrato de compromiso es sustraer de la justicia común y excluir de la intervención de los tribunales, la resolución de la controversia o litigio y confiarla a uno o más terceros.

Como dice el Lic. Viteri citando a Puig Brutau «Cuando las partes no pueden llegar a un acuerdo sobre el fondo de la cuestión que las divide, tienen la posibilidad de llegar a otro acuerdo por el que se sometan a la decisión de personas que merezcan su confianza.»;

c) El contrato de compromiso es el medio o instrumento para establecer contractualmente el arbitraje, como la instrucción procesal «por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión.»

CARACTERISTICAS:

En el contrato de compromiso puede establecerse las siguientes características:

a) bilateral: pues las partes que sometan sus diferencias a esta competencia quedan obligadas a acatar el laudo que dicte el tribunal;

b) solemne: ya que para que este tenga validez deberá de otorgarse en escritura pública. Artículo 272 del Código Procesal Civil y Mercantil;

c) principal: subsiste por si solo y debe de tener cumplimiento y ejecución eficaz, ya que si no se cumple la ley faculta a acudir ante el órgano jurisdiccional competente para que se haga cumplir.

ELEMENTOS:

1) ELEMENTO PERSONAL: Son las partes que intervienen en el contrato de compromiso que son los COMPROMITENTES que lo contraen;

2) ELEMENTO MATERIAL: El objeto del contrato de compromiso es integrar y constituir un tribunal especial que conozca del litigio que existe entre las partes y emita un fallo que éstos están obligados a acatar;

3) ELEMENTO FORMAL: El contrato de compromiso es solemne, pues debe formalizarse en escritura pública (Arto. 272 CPCYM), y en caso especial el sometimiento a determinada controversia puede ser declarada por un juez, extremo que sale de la esfera contractual, cayendo en el ámbito jurisdiccional, desapareciendo por ende el consentimiento de una o de todas las partes.

En el caso que el compromiso conste en escritura pública deberá contener los requisitos de los instrumentos públicos siguientes:

a) Los nombres y apellidos, profesión, nacionalidad, domicilio de los árbitros;

b) La controversia que se somete al juicio arbitral, con expresión de sus circunstancias;

c) El término dentro del cual los árbitros han de pronunciar su laudo. A falta de pacto expreso al respecto el plazo será de cien días calendario sin exclusión de día alguno y se contará a partir de la última notificación de que el tribunal ha quedado organizado y en funciones (arto. 274 CPCYM).

d) El lugar en que habrá de desarrollarse el arbitraje. Los amigables componedores, fallarán no con arreglo a derecho, sino a saber y entender, siendo suficientes que dichos árbitros sean personas individuales, que este en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y que sepan leer y escribir. Artículo 278 segundo párrafo del CPCYM.

Otro elemento importante con relación a los árbitros, es que su número será siempre de 3 ó 5, salvo que las partes nombren a uno sólo. Artículo 277 CPCYM. Tienen incompatibilidad para ser nombrados árbitros los miembros del Organismo Judicial, los que tengan relación con alguna de las partes o con la controversia que se somete alguna de las relaciones que establece la posibilidad de abstención, excusa y recusación de un juez (Artos. 122, 123 y 125 de la LOJ).

SIMILITUD CON LA TRANSACCIÓN:

El contrato de compromiso tiene en común con la transacción el ser contratos que tienden a eliminar la incertidumbre de las relaciones jurídicas, mediante la decisión de una controversia entre las partes.

DIFERENCIA CON LA TRANSACCIÓN:

Tanto el contrato de transacción como el de compromiso, se han clasificado como contratos que resuelven controversias, es decir que ambos tienen por finalidad encontrar un punto de equilibrio entre dos o más sujetos cuyos derechos subjetivos se encuentran susceptibles de entrar en conflicto o inclusive ya han llegado a tal situación, sin embargo, existe marcada diferencia entre uno y otro, como lo anotaremos a continuación:

a) Mediante el contrato de transacción se termina o evita una controversia, y, por el contrato de compromiso, el conflicto de intereses no queda eliminado, sino que queda sujeto a un procedimiento arbitral, que sustituye una resolución jurisdiccional o como lo dice el tratadista Diego Espin Cánovas, citando a Ruggiero «La jurisdicción ordinaria es sustituida por una jurisdicción especial o excepcional. 43

b) El contrato de transacción es un contrato para resolver cuestiones por las partes, las que resuelven el litigio mediante concesiones recíprocas (auto-composición), en tanto que el contrato de compromiso tiene por objeto la

constitución de un tribunal especial que resuelva la controversia y cuyo pago las partes quedan obligadas a respetar y cumplir (heterocomposición).

CLASES:

En cuanto a las clases de contrato de compromiso solo podemos indicar que no hay más que uno, el cual se facciona ante Notario y Escritura Pública, Arto. 270 y 272 CPCYM, pues de negarse uno de los obligados será el juez competente quien a través de resolución judicial procederá a formalizar el compromiso y en consecuencia de ello el notario no participa.

En cuanto a que en la escritura de compromiso se establezca que los árbitros puedan fallar según su saber y entender, estaríamos ante un contrato de compromiso, con árbitros amigables componedores o de equidad, y si él o los árbitros resolverán con sujeción a la ley, estaríamos ante un contrato de compromiso con árbitros de juris o de derecho. arto. 2171 Código Civil; 278, 288 CPCYM.

Debe de tomarse en cuenta que el decreto ley 22-86, en el artículo 43, prohíbe a los extranjeros desempeñarse como árbitros de derecho, a menos que se hayan incorporado y colegiado.

Muy importante es tener en cuenta que si en la escritura donde se formalice el compromiso no se estipula si los árbitros sean juris o componedores, se entenderán que éste o éstos serán de derecho y por ende deberán fallar conforme la ley. arto. 2171 código civil; y 272 CPCYM.

CLÁUSULA COMPROMISORIA

Cláusula: al analizar el instrumento público con anterioridad, determinamos la estructura del mismo, e indicamos que el cuerpo del instrumento publico, contiene la relación precisa y concreta de la intención del otorgante, por lo que podemos decir que la cláusula o las cláusulas contienen las disposiciones de un contrato en las que se determina la forma en que el negocio jurídico deberá consumarse. Conforme lo anterior y siguiendo la semántica de dicha terminología podemos establecer que la cláusula compromisoria, es aquella disposición que los otorgantes de un contrato, establecen que cualquier controversia o reclamación futura se someterá al arbitraje.

El Código de Comercio al regular las disposiciones generales de las obligaciones y contratos mercantiles, en el artículo 671, en su parte conducente establece: « En los contratos mercantiles será válida la cláusula compromisoria y el pacto de sometimiento y arbitraje de equidad, aunque no estén consignados en escritura pública.»

En cuanto a que los contratos de carácter civil, en su parte conducente el artículo 2,175 determina que: « La estipulación de que sean resueltas por árbitros las cuestiones que puedan surgir de determinado negocio, da derecho a cada uno de los contratantes, una vez que se presenten las cuestiones previstas, para obligar a otro a que se otorgue la escritura de compromiso y a que nombre sus árbitros...»

Los anterior, se complementa con el artículo 270 del Código Procesal Civil y Mercantil, en el que se establece que todo contrato o en acto posterior, puede establecerse que las controversias específicas que surjan entre las partes, deben dirimirse en juicio arbitral. A diferencia de lo regulado por el artículo 671 del Código de Comercio, el artículo 270 del Código Procesal Civil y Mercantil, si exige, que para los asuntos de carácter civil, la cláusula compromisoria como requisito esencial si debe de existir en escritura pública.

Es importante señalar que la cláusula compromisoria es el elemento, el vínculo, el ofrecimiento que existe entre los otorgantes de un contrato para someter a decisión de un tercero una futura controversia.

Una vez efectuado el ofrecimiento, o establecido el vínculo, por medio de la cláusula compromisoria, al momento que surja una controversia con relación a aquel contrato, en el que aceptaron que de la controversia conocería un tercero, debe consumarse formalizándose el compromiso por medio del contrato de compromiso, el que como requisito para su validez debe de constar en escritura pública.

Sin embargo, es lógico que si hoy surgen derechos subjetivos en conflicto entre dos o mas personas, lo más factible sería que una o varias de ellas se negaren a otorgar la escritura de compromiso, formalizándose éste por medio de resolución judicial, circunstancia que está contemplada por la ley, en los artículos 271 del Código Procesal Civil y Mercantil; y 2175 del código civil, denominándose la formalización judicial del compromiso, cuyo procedimiento está regulado en el artículo 271 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Podemos establecer entonces, que la cláusula compromisoria, es un elemento previsor, en cuanto al procedimiento a seguir en caso de diferencias o derechos subjetivos en conflicto, con la salvedad que dichas diferencias o controversias deben especificarse con claridad, y como dice el Licenciado Ernesto Viteri, citando a Ruiz Serramalera: « por ese motivo, la doctrina, al igual que la norma antes transcrita de nuestro código Civil y Procesal Civil y Mercantil, requieren que la cláusula compromisoria, haga referencia clara y especial a los litigios o conflictos, que de plantearse, se someterán a arbitraje mediante un contrato de compromiso, por lo que es jurídicamente inaceptable la cláusula compromisoria general, en que dos personas acuerdan que todos los litigios que se puedan presentar entre ellas se someterán a arbitraje» Continúa citando Viteri a Ruiz Serramalera, explica al respecto que aunque no se necesita contener ninguna indicación del tema controvertido que se deba someter a la decisión arbitral, será preciso, en todo caso, una fijación por lo menos de principio, de la relación jurídica. Singular a que ha de referirse el arbitraje, sin que sea válida la renuncia general a la acción judicial en relación con todos los derechos de una persona» 44

Como en el Contrato de Transacción, se requiere cierta capacidad sui generis, puesto que se requiere no sólo la capacidad, sino también que se cumplan con requisitos especiales, como en el caso en que el marido no puede sin el consentimiento de la mujer, ni ésta sin el de aquél, comprometer en árbitros los negocios que afecten bienes comunes. Arto 2173 del Código Civil. Así como en el caso de los menores, incapaces o ausentes, se necesita autorización judicial para comprometer en árbitros, los asuntos de las personas que representan

A continuación me permito proponer un pequeño modelo de la forma en que se podría redactar la cláusula compromisoria

«...CUARTA: Los comparecientes en forma expresa manifiestan que cualquier controversia o conflicto entre las partes, sobre la interpretación, cumplimiento o ejecución del presente contrato, ya sea durante su vigencia o después de haberse consumado el plazo, siempre y cuando no haya operado el plazo de la prescripción,

44 Ob. Cit. pag. 571

serán resueltas mediante el procedimiento Arbitral, el que deberá de desarrollarse en la ciudad de Guatemala.»

Es de suma importancia tener presente que en la cláusula de aceptación, debe consignarse la aceptación del compromiso de arbitraje, por lo que dicha cláusula podría redactarse, según el caso, así:

«... QUINTA: Los comparecientes manifiestas que aceptan el contenido íntegro del presente instrumento, así como en forma expresa el pacto de someter sus diferencias en cuanto a la aplicación, interpretación y ejecución del presente contrato a Juicio de Árbitros» ...

FACCIONAMIENTO DEL CONTRATO DE COMPROMISO

En cuanto al compromiso las partes someten a árbitros las diferencias que puedan surgir, y del análisis del artículo 270 del CPCYM, hemos indicado que puede establecerse a través de una cláusula compromisoria, es decir que en el contrato donde se documente o se haga constar el negocio jurídico, puede incluirse una cláusula en la que se estipule que las partes convienen en someter a árbitros sus diferencias y en caso que en el propio contrato se haya omitido o no se haya acordado o pactado puede hacerse en acto posterior, interpretándose que es una escritura posterior, partiendo de tal precepto analizaré el procedimiento a seguir para faccionar el contrato de compromiso.

I) OBLIGACIONES PREVIAS:

En cuanto a las obligaciones, podemos determinar que en el caso de la cláusula compromisoria, el notario debe establecer dos elementos, uno material y otro personal, en el primero debe de tomar en cuenta que no se ofrezca o prometa someter a árbitros alguno de los aspectos sobre los cuales la ley prohibió transigir (ver Arto. 2172 del C.C) es decir sobre:

- 1 - Estado civil de las personas;
- 2 - Sobre la validez o nulidad del matrimonio o divorcio;
- 3 - Sobre la responsabilidad penal en los delitos que dan lugar a procedimiento de oficio;
- 4 - Sobre el derecho a ser alimentado;
- 5 - Sobre lo que se deja por disposición de última voluntad.

En cuanto al elemento personal debe el notario prever que los representantes de menores, incapaces o ausentes deben de contar con autorización judicial; en el caso de los cónyuges, sobre bienes comunes debe de contarse con la autorización del otro cónyuge.

Es importante que antes de proceder a determinar el modelo de este contrato se establezca la diferencia con la cláusula de compromiso, aquella, la cláusula compromisoria, es una promesa de constituir el compromiso, en caso de negativa de una de las partes lo constituirá un juez a través de una resolución judicial.

En el contrato debe de establecerse quienes serán los árbitros, la diferencia que se somete a árbitros, el plazo para que él o los árbitros pronuncien su laudo y el lugar donde se desarrollará el arbitraje.

En consecuencia de lo anterior, si los árbitros deben fallar conforme a derecho, el notario debe de tener como obligación previa, calificar la nacionalidad del

árbitro, pues conforme al artículo 43 del Decreto Ley 22 -83, no pueden ser árbitros de derecho los extranjeros, salvo que estén incorporados y colegiados.

MODELO DE CONTRATO DE COMPROMISO

DOS (2) En la ciudad de Guatemala, el tres de abril de mil novecientos noventa y cinco, ante mi MARÍA CELSA MENCHU ULIN, Notario, comparecen, por una parte, el señor ARTURO GODOY SALINA, de cincuenta años de edad, casado, quien se identifica con la cédula de vecindad número de orden A - uno y de registro quince mil, extendida por el Alcalde Municipal de esta ciudad; y por la otra el señor Jesús Giron Godoy, de cincuenta y dos años de edad, soltero, quien se identifica con la cédula de vecindad número de orden A - uno y de registro quince mil dos, extendida por el Alcalde Municipal de Mixco, Guatemala; ambos son guatemaltecos, de este domicilio, comerciante. Los comparecientes me aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles y que por el presente instrumento celebran contrato de COMPROMISO, de conformidad con las cláusulas siguientes: PRIMERA declaran los otorgantes que son socios de la compañía Godoy y Giron Sociedad Limitada, constituida por escritura número doce, autorizada en esta ciudad el cinco de mayo de mil novecientos ochenta y cinco, por la infrascrita notaria, cuyo instrumento en la cláusula novena establece que: «NOVENA: Las diferencias que surjan entre los socios deberán ser resueltas por un arbitro de equidad.» SEGUNDA: Siguen declarando los comparecientes que en la actualidad ha surgido conflicto en la sociedad, consistente en determinar exactamente cuales son las cantidades que deben tomar mensualmente cada socio, así como la forma en que deben de repartirse las utilidades de la sociedad anualmente. TERCERA: Siguen declarando los comparecientes, que con fundamento en la cláusula novena del citado instrumento, de común acuerdo convienen en nombrar arbitro de equidad al señor MARIANO CASTILLO GUTIÉRREZ, quien para el efecto puede ser notificado en la quince calle uno - dos, zona tres de esta ciudad, quien deberá de recabar la información y pruebas necesarias en un término de quince días a partir de la fecha en que sea discernido el cargo, para lo cual todos los empleados de la sociedad quedan obligados a proporcionar los documentos y datos que el arbitro requiera, quien deberá de dictar el laudo arbitral tres días después de concluido el término para recabar la información. CUARTA: Siguen manifestando los comparecientes que de común acuerdo nombran como secretario del Tribunal Arbitral a la Infrascrita Notario. El infrascrito Notario da fe: a) Que lo escrito

le fue expuesto; b) de haber tenido a la vista las cédulas de vecindad y el testimonio de la escritura relacionados; c) de haber advertido a los comparecientes del contenido, objeto y validez del presente instrumento, así como de habérselos leído en forma íntegra, y de advertirles lo relativo a la notificación respectiva al arbitro propuesto; d) que los comparecientes manifiestan que en los términos expuesto, aceptan todas y cada una de cláusulas de este instrumento, quienes enterados del mismo lo ratifican, aceptan y firman.

f)

f)

ANTE MI

firma del Notario

OBLIGACIONES POSTERIORES:

El notario deberá de cumplir las siguientes obligaciones posteriores:

- a) presentar el testimonio de la escritura al o los árbitros propuestos para su aceptación y discernimiento de los cargos, facionando el acta donde haga constar la aceptación o, no del cargo, (Arto. 280 del CPCYM)
- b) Remitir el testimonio especial dentro de los veinticinco días de autorizado al Director del Archivo General de Protocolos.

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ARBITRAJE EN GUATEMALA

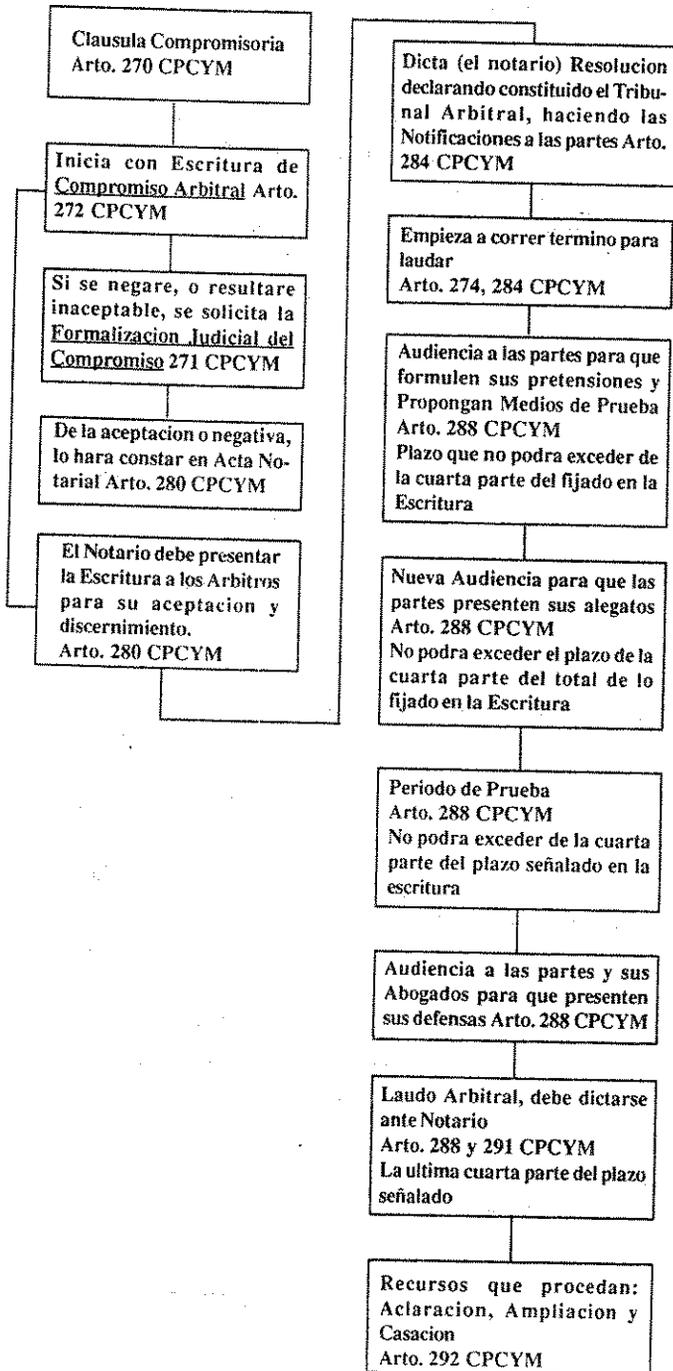
En Guatemala, el arbitraje esta regulado desde 1,829 en la Ley de Enjuiciamiento del Código de Comercio Español, de 1,829, que estuvo vigente en nuestro país hasta la promulgación del Código de Comercio de Guatemala, del 20 de julio de 1,877.

Posteriormente el Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles lo regula, el cual quedo derogado por el Decreto 107 Código Procesal Civil y Mercantil, en los artículos del 269 al 293.

MARCO LEGAL DEL ARBITRAJE EN GUATEMALA:

1. Código Procesal Civil y Mercantil, del artículo 269 al 293;
2. Código Civil. Contrato de Compromiso;
3. Código de Derecho Internacional Privado;
4. Arancel de Abogado y Árbitros;
5. Convenciones: Panamá 1,975 y New York 1958.45

PROCEDIMIENTO ARBITRAL



ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

- 1- Cláusula compromisoria (Arto. 270*)
 - 2- Escritura en la que consta el compromiso (Arto. 272)
 - 3- Si se negaré o no se aceptaré, se plantea la formalización judicial del Compromiso (Arto. 271)
 - 4- El notario debe presentar escritura a los Arbitros para su aceptación y discernimiento. (Arto. 280)
 - 5- El notario dicta resolución en la que declara la constitución del Tribunal Arbitral, notificando a las partes (Arto. 284)
 - 6- Audiencia a las partes para que formulen pretenciones y propongan pruebas (Arto. 288)
 - 7- Nueva audiencia para alegatos de las partes (arto 288)
 - 8- Período de Prueba (arto. 288)
 - 9- Audiencia a las partes y abogados para presentar defensas (Arto. 288)
 - 10- Laudo Arbitral Dictado ante Notario (288 y 291)
 - 11- Recursos que pueden interponerse
 - a) Aclaración; b) Ampliación c) Casación (Arto. 292).
- * Todos los artículos son del Código Procesal Civil y Mercantil

OBSERVACIONES:

- 1) No se indica plazos de cada una de las fases del procedimiento arbitral, en virtud que el plazo de las mismas dependen del fijado en la escritura en la que se somete a arbitros, determinada controversia, mismo que no podrá exceder de 100 días.
- 2) El plazo fijado se divide en cuatro cuartas partes, para cada una de las fases del procedimiento arbitral, el cual inicia a computarse desde la última notificación.

CONCLUSIONES

1 El contrato de transacción ha sido considerado desde hace muchos siglos como uno de los más útiles al hombre porque hace cesar las discordias y restablece la paz entre las familias y los individuos.

2 La transacción al igual que el desistimiento, allanamiento o confesión de la demanda, y la renuncia, tiende a poner fin a un litigio, presente o futuro, pero la nota distintiva o diferencia específica de la transacción radica en que dicho propósito de pacificación se realiza necesariamente por medio de concesiones recíprocas entre las partes, en tanto que en las otras tres figuras mencionadas las concesiones son sólo de una de las partes;

3 El contrato de transacción cumple una función de gran trascendencia no solo jurídica sino también social, por la finalidad que con él se persigue, que es la pacificación de quienes se ven envueltos en un conflicto de intereses mediante su solución por los mismos interesados, con espíritu de mutua transigencia y comprensión para evitar las consecuencias dañosas de toda contienda judicial;

4 Pueden ser objeto de la transacción todos los derechos controvertidos o dudosos, siempre que fueren susceptibles de disposición o renuncia

5 El contrato de compromiso dado a que constituye una jurisdicción privativa se ha utilizado muy poco en Guatemala;

6 Dado a la falta de aplicabilidad del contrato de compromiso y su poco uso, se tiende a confundir lo que es la cláusula compromisoria con el contrato de compromiso y a estos dos con el procedimiento arbitral;

7 La transacción resuelve el conflicto planteado o uno que esté por plantearse en una forma directa e inmediata, mientras que el compromiso tiende a resolverlos en forma mediata y mediante un tercero;

8 Existe marcada diferencia entre lo que es el compromiso civil y el compromiso mercantil, toda vez que para que el primero sea un vínculo obligatorio, debe de cumplirse con las formalidades y requisitos del código Civil, mientras que el Código de Comercio, es antiformalista;

9 La conciliación que el Notario desarrolla en el ejercicio de la función notarial, al autorizar un contrato de transacción es una solución deseable para las desavenencias que puedan surgir como consecuencia de un acto o hecho de los particulares;

10 El notario en el ejercicio de la función notarial contribuye, al momento de estipular cláusula compromisoria en los diversos contratos que autoriza, a que el juicio arbitral constituya un prototipo de los juicios del futuro.

RECOMENDACIONES

- 1) El notario debe ser cuidadoso al autorizar una escritura de transacción ya que debe establecer plenamente si los sujetos personales cumplen los requisitos que la ley señala para poder transar, mismos que se aplican al autorizar el contrato de compromiso;
- 2) Debido a su poca aplicabilidad, la facultad de Derechos de la Universidad de San Carlos, debe de implementar mecanismos académicos para dar a conocer a su conglomerado la trascendencia del juicio arbitral para si darle más aplicabilidad a esta clase de proceso y descongestionar los órganos de jurisdicción;
- 3) Tanto el Colegio de Abogados como las Facultades de Derecho del país, deben motivar la creación de instancias jurisdiccionales privativas, de manera que se ponga en practica el juicio arbitral.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Alvarado Sandoval Ricardo. Tesis de Graduación. Marzo de 1978
- Azepetia, R. Estudios de Derecho Notarial. Revista Madrid.
- Cabanella Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Editorial Heliasta, S. R. L. Buenos Aires Argentina
- Espín Canovas, Diego. Manual de Derecho Civil Español. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- Fernández Casado, M. Tratado de notaría (S.E. Madrid, 1495 I.E.)
- Giron J. Eduardo. Tratado de la notaría Tipografía Nacional Guatemala, 1932.
- Grillo González P. El documento notarial e instrumento notarial « La verdad del documento notarial» Rev. Inst. del Notario número 36, Buenos Aires, Ing. 1957
- Jiménez Arnau, Enrique. Derecho Notarial Madrid, Editorial Revista Derecho Privado, 1944.
- Muñoz Nery Roberto, El Instrumento Público y el documento Notarial. Ediciones Mayte, Guatemala, 1992
- Osorio y Florit, manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, S.R. L. Buenos aires, Argentina, 1978
- Puig Peña, Federico. Compendio de Derecho Civil español, Ediciones Pirámide, S.A. Madrid
- Rodrigue V. Hilda Violeta, lecturas seleccionadas y casos de derecho Civil IV, Editorial de la Cooperativa de Ciencias Políticas R.L. Guatemala.
- Salas, Oscar A. Derecho Notarial de Centro América y Panamá. Edif. Costa Rica, 1973.
- Sanahuja J. Tratado de Derecho Notarial (Bosch, Barcelona, 1945)
- Viteri, Ernesto R. Los contratos Civiles, parte especial.
- ### LEGISLACIÓN
- Constitución Política de la República de Guatemala. 1985
- Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República, 1946.
- Código Civil, Decreto Ley 106. 1963
- Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107. 1963
- Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República
- Ley de Extranjería

Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República. 1989
Código de Ética del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala,

OTRAS PUBLICACIONES

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Editorial Espasa
- Calpee S.A. Madrid España, vigésima edición 1,984, tomos I y II

NOTAS DE PIE DE PAGINA

- 1 Diccionario de la Lengua Española
vigésima edición, Tomo I, 1984.
Impreso en España, Talleres Gráficos
Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid. España
- 2 Jiménez Arnau, Enrique.
Derecho Notarial. pag. 403
Eid. Univ. de Navarra, S.A.
Pamplona, España.
- 3 Cabanellas Guillermo.
Diccionario de Derecho
Usual. Tomo II 14a. ad.
Edit. Heliasta S.R.L.
Buenos Aires. Argentina.
- 4 Ossorio Manuel
Dic. Ciencias Jurídicas
Políticas y Soc. Pag. 175
Edit. Heliasta S.R.L.
Buenos Aires. Argentina
- 5 Ob. Cit. Tomo I
Pag 373.
- 6 Ob. Cit. Pag. 672
- 7 Ob. cit. pag. 733
- 8 Ob. Cit. pag. 1,179
- 9 Ob. Cit. pag. 483
- 10 Ob. cit. pag. 535
- 11 Rodríguez V. Hilda Violeta
Lecturas seleccionadas y
casos de derecho civil IV

- Pag. 43. Ed. Coop. Ciencia
Política, R.L. de la USAC
Guatemala.
- 12 Ob. Cit. Pag. 19
- 13 Ob. Cit. 337
- 14 ob. cit. Página 167
- 15 Alvarado Sandoval, Ricardo
Tesis de Graduación
Guatemala, Guatemala.
- 16 Jimenez Arnaú E.
Introducción al Derecho
Notarial.
Madrid, Edt. REv. Derecho Priv.
1,994
- 17 Grillo González P. El documento Notarial e instrumento notarial, «La verdad del documento notarial» Rev. Inst. del Notario No 36. Buenos Aires. Ing. 1,957
- 18 Girón J. Eduardo, Tratado de la Notaría. Pag. 62
Tipografía Nacional, Guatemala, 1,932.
- 19 Pérez Fernández del Castillo,
Bernardo. Derecho Notarial.
Pag. 183. Edit. Porrua, S.A.
1a Edic. Mexico 1,981
- 20 Idemn. Pag. 183
- 21 Muñoz Nery Roberto.
El Instrumento Público
y el Documento Notarial
Pag. 94
- 22 Ob. Cit. Pag. 721
- 23 Guillermo Cabanellas Diccionario de Derecho Usual.
Pag. 661, Tomo I, Edit. Heliasta, S. R. L. Vía Monte 1730-1R
primer piso, Buenos Aires. Argentina.
- 24 Azpetia, R. Estudios de Derecho Notarias. Revista Madrid. pag. 39.

- 25 Sanahuja J. Tratado de Derecho Notarial (Bosch, Barcelona, 1,945 Ip. 471)
- 26 Fernández Casado M. Tratado de Notaría (s.e Madrid, 1495 I.P. 387)
- 27 Salas, Oscar. A. Derecho Notarial de Centro América y Panama. Edif. Costa Rica. 1973 P. 285
- 28 Idem.
- 29 idem pag. 286.
- 30 Salas Oscar A. Ob. cit. pag. 298
- 31 Oscar Salas a. ob. cit. pag. 309
- 32 Federico Puig Peña
Ob cita. pag. 373.
- 33 Guillermo Cabanellas
Ob. Cit. Pag. 277
- 34 Ob. Cit. pag. 1330
- 35 Federico Puig Peña
Ob. Cit. Pag. 377 y 378 Tomo IV
- 36 Rodríguez V. Gilda Violeta
Lecturas Seleccionadas y Casos de Derechos Civil
Edit. de la Coop. de Ciencias Políticas, R. L.
USAC. Guatemala, Pag. 437 y 438. 1,992
- 37 Ob. Cit. pag. 546
- 38 Diego Espin Cánovas,
Editorial Revista de Derecho Privado
Madrid, España
- 39 Ob Cit. pag. 386
- 40 Ob. Cit. Pag 567
- 41 Ob. Cit. Pag. 241
- 42 Ob. Cit. pag. 457
- 43 Ob. Cit. 647
- 44 Ob. Cit. Pag. 571

- 45 Información proporcionada por
el Centro de Arbitraje y Conciliación
de la Cámara de Comercio de Guatemala.