

## LA INTERVENCIÓN FORMAL DEL NOTARIO EN LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA

OMAR LOZANO TORRES\*

El efecto propio del contrato de promesa, es el crear obligaciones de hacer a cargo de una o ambas partes, según se trate de promesa unilateral o bilateral, consistentes en la celebración de un contrato futuro o definitivo.

En este contrato (promesa), como en cualquier otro caben, entre otras, dos posibilidades respecto a su conclusión: el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes.

La conclusión más viable del contrato de promesa sería la celebración del contrato definitivo, pero existe el caso contrario, es decir, que una o ambas partes incumplan con su obligación y se rehúsen a otorgar su consentimiento para la realización del contrato prometido.

En el supuesto de que ambas partes incumplan con dicha obligación, (tratándose de una promesa bilateral), no habría problema alguno, puesto que ese es el sentido que los contratantes le quisieron dar a la promesa, quedando en consecuencia la misma sin efecto y liberadas las partes de su obligación; pero si una de las partes incumple con su obligación, no puede exigir judicialmente a la otra que cumpla con la obligación a su cargo, ya que ésta última podría oponer la excepción dilatoria de contrato no cumplido, y esto en virtud de tratarse de un contrato bilateral, en donde ambas partes son acreedoras y deudoras recíprocas pudiendo válidamente rehusarse a cumplir con lo prometido.

El análisis del cumplimiento del contrato de promesa resulta innecesario, ya que el mismo puede resumirse en lo siguiente:

Las partes celebran el contrato de promesa, su consentimiento lo encaminan a la celebración de un contrato futuro y una vez concluido el plazo a que se sujetó la promesa, las partes otorgan su consentimiento para la realización del contrato prometido.

---

\* Notario Público número 56 del DF.

El caso contrario, es el que el promitente una vez llegado el plazo de la promesa, se niegue a celebrar el contrato definitivo, es decir incumpla con su obligación.

Respecto al supuesto del incumplimiento existe un precepto dentro del Código Civil para el Distrito Federal, que podría darnos la solución, me refiero al Artículo 2247, que a continuación transcribo:

Si el promitente rehúsa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez, salvo el caso de que la cosa ofrecida haya pasado por título oneroso a la propiedad de tercero de buena fe, pues entonces la promesa quedará sin efecto, siendo responsable el que la hizo de todos los daños y perjuicios que se hayan originado a la otra parte.

A continuación analizaré éste precepto legal para demostrar lo inaplicable que resulta el mismo para nuestra figura jurídica en cuestión.

En una primera parte dicho artículo señala:

Si el promitente rehúsa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez...

El Legislador al redactar ésta primera parte se inspiró en los Artículos 9 y 10 del Código de Procedimientos Civiles de 1884, mismos que reglamentaban a la minuta, suprimida por la Ley del Notariado de 1945.

La minuta, era un contrato definitivo, pero simplificado. Las partes al celebrar un contrato en minuta, estaban conscientes de que para que el mismo fuera válido, debería formalizarse en escritura pública, ya que la minuta, contrato definitivo al que le faltaba la forma de escritura pública, mientras no revestía dicha forma era un contrato imperfecto, en virtud de que la voluntad de las partes se manifestaba en el sentido de que en tanto la minuta no constara en escritura pública, no produciría efectos.

Expuesto lo anterior, la primera parte del citado artículo resulta congruente, pero con la figura del contrato de minuta, no así con el contrato de promesa, ya que para la minuta dicha redacción sí es clara: "...si el promitente rehúsa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado...", en virtud de que la minuta, contrato imperfecto por falta de forma, la escritura pública, constaría en escritura pública por la firma en rebeldía del juez; pero en la promesa, contrato preparatorio, no se trata de dar forma a un contrato, sino de celebrarlo. Dar forma a un contrato implica que el contrato ya ha sido celebrado, pero no en la forma que la Ley exige para que el mismo produzca sus efectos. Al celebrarse el contrato de promesa, se está celebrando un contrato definitivo, en el cual las partes se obligan unilateral o bilateralmente a celebrar, en el futuro, otro contrato, que consiste en el contrato prometido.

Como se mencionó anteriormente el contrato de minuta hoy en día ya no existe, por lo que ésta primera parte del citado Artículo resulta anacrónica e inaplicable para el caso de incumplimiento por parte de uno de los contratantes al contrato de promesa, en virtud de que el Juez no podría dar forma legal al contrato concertado, ya que éste todavía no se celebra. La intervención del Juez consistiría en celebrar el contrato prometido, situación que no está regulada en dicho artículo, por lo que el Juez a la luz del multicitado artículo carece de legitimación para celebrar el contrato definitivo, ya que sólo está facultado para “dar forma legal” al contrato concertado... ¿dar forma legal al contrato de promesa que es el único que se ha celebrado?, ¿cuál es la forma legal del contrato de promesa?, ¿forma escrita?

La segunda parte del Artículo 2247, dispone:

...salvo el caso de que la cosa ofrecida haya pasado por título oneroso a la propiedad de tercero, de buena fe, pues entonces la promesa quedará sin efecto, siendo responsable el que la hizo de todos los daños y perjuicios que se hayan originado a la otra parte.

En ésta segunda parte del Artículo, el Legislador le otorga efectos reales al contrato de promesa, cuando que el mismo solo genera obligaciones personales, es decir, solo da origen a obligaciones de hacer, consistentes en la celebración del contrato definitivo (Artículo 2245), nunca genera derechos reales, esto va en contra de la naturaleza jurídica de la institución, ya que interpretada literalmente ésta segunda parte del Artículo 2247, permite que el beneficiario de la promesa tenga un derecho real sobre la cosa prometida, en cuanto que podría privar a un tercero de esa cosa, cuando que el único efecto del contrato de promesa es el de crear obligaciones de hacer.

Una vez analizado el artículo 2247, llego a la conclusión de que el mismo es anacrónico y además va en contra de la naturaleza jurídica del contrato de promesa, ya que el mismo solo crea obligaciones de hacer, consistentes en la celebración del contrato definitivo.

La intervención del Notario es y debe ser de vital y suma importancia, en la celebración de un contrato de promesa de compraventa. En la actualidad el Notario sólo interviene con su asesoría, es decir, no da fe de la celebración del contrato privado, ya que al ser su fe pública protocolaria, el mismo se encuentra impedido para dar fe de contratos privados incorporándolos como tales en el protocolo a su cargo, sólo interviene en su conclusión es decir cuando el contrato de promesa es cumplido por las partes y se materializa en una escritura de compraventa. A la luz de la regulación de la institución, las partes se ven desprotegidas en el caso de existir algún incumplimiento por parte de una de ellas, en virtud de que al celebrar los contratantes la promesa de compraventa lo hacen convencidos de que dicho contrato los protegerá y obligará a la celebración del contrato prometido, o podrán exigir el pago de daños y perjuicios, si es el caso de que las partes invo-

quen ante los Tribunales el mal logrado Artículo 2247 del Código Civil para el Distrito Federal.

En materia de contratos, su interpretación, a falta de convenio de las partes y de disposición en el capítulo de contratos, que regule el incumplimiento del contrato de promesa, nos tendremos que ubicar en la teoría general de las obligaciones, partiendo del supuesto de la no aplicación del multicitado Artículo 2247 por las razones antes expuestas.

En materia de obligaciones de hacer, encontramos el Artículo 2027 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala:

Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible.

Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En éste caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho.

Tomando en cuenta que existen dos tipos de obligaciones de hacer: obligaciones de hacer consistentes en hechos materiales y obligaciones de hacer consistentes en actos jurídicos. La ejecución por parte de un tercero distinto de la relación jurídica, no es posible tratándose de obligaciones de hacer en tratándose de actos jurídicos, ya que sería contrario al principio "*res inter alios acta*", reconocido por el Artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal. Para el caso de que la obligación consistiera en hechos materiales, la prestación del hecho puede ser ejecutada por parte de un tercero ajeno a la relación jurídica, siempre y cuando no se trate de un acto "*intuitu personae*", pues en ese caso dicha obligación por incumplimiento se traduce en el pago de daños y perjuicios.

La regla general para el caso de incumplimiento de obligaciones de hacer, la establece el Artículo 2104 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala:

El que estuviera obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a la convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste.

II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del Artículo 2080...

Lo anterior es aplicable a las promesas unilaterales, ya que para el caso de las promesas bilaterales es aplicable el Artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece:

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

Transcrito lo anterior, concluyo lo siguiente:

Tratándose de una promesa unilateral, en el supuesto de incumplimiento por parte del promitente deudor de la promesa, el beneficiario, de acuerdo con la teoría general de las obligaciones, solo podrá satisfacer su derecho por medio del pago de daños y perjuicios (Artículo 2104), siempre y cuando el acreedor de la promesa no pida que a costa del promitente se ejecute el hecho por parte de un tercero ajeno a las partes, en tanto que la substitución sea posible, ya que en caso contrario el incumplimiento se traduce en el pago de daños y perjuicios.

Si esto lo relacionamos con la naturaleza del contrato de promesa, la institución se estaría desvirtuando, ya que la misma consiste en ser un medio legal para garantizar la celebración de un contrato futuro, ¿dónde queda esa garantía, si en caso de incumplimiento, el mismo se traduce en pago de daños y perjuicios?.

El Notariado a través del Colegio de Notarios del Distrito Federal, A.C., debe intervenir para impulsar una reforma legislativa en éste sentido, incluyendo en un Artículo del Capítulo del Contrato de Promesa, la ejecución forzosa del contrato futuro o prometido o la rescisión del contrato de promesa, más el pago de daños y perjuicios en cada caso a elección del perjudicado, independientemente de tratarse de una promesa unilateral o bilateral. Eso sí es una garantía para el beneficiario del contrato de promesa unilateral.

Tratándose de una promesa bilateral, el perjudicado tiene dos opciones para el caso de incumplimiento: el pedir el cumplimiento forzoso o la rescisión y, en ambos casos el pago de daños y perjuicios (Artículo 1949).

Todo lo anterior, queda a juicio de la autoridad Judicial, es decir, el litigante tendrá que señalar en su demanda los argumentos anteriormente analizados y “convencer” al Juez de lo anacrónico e inaplicable del Artículo 2247 del Código Civil para el Distrito Federal, y lo aplicable del Artículo 2104 para el caso de promesas unilaterales (y sin tomar en cuenta que no existe un Artículo en el caso de promesas unilaterales que permita la ejecución forzosa del contrato prometido) y del Artículo 1949 en el supuesto de ubicarnos en una promesa bilateral.

Una vez criticado el Artículo 2247 del Código Civil para el Distrito Federal, analizaré la falta de publicidad existente en la celebración del contrato de promesa y en específico del contrato de promesa de compraventa.

Si las partes, bien asesoradas salvan lo anteriormente expuesto, conviniendo en el texto del contrato de promesa, ya sea esta unilateral o bilateral, la posibilidad en el caso de incumplimiento de exigir el cumplimiento forzoso u optar por la

rescisión, más el pago de daños y perjuicios en ambos casos, de que les sirve si el contrato de promesa celebrado no es conocido por terceros, es decir, no existe en la legislación un artículo que prevea que la forma del contrato de promesa de compraventa sobre inmuebles, consista en que el mismo se celebre ante Notario y se asiente como nota de presentación con efectos de aviso preventivo (artículo 3016) en el Registro Público de la Propiedad, en el folio real del inmueble.

De ser reformado el Código Civil para el Distrito Federal, en el sentido de que el contrato de promesa de compraventa deba constar en escritura pública, y asentarse registralmente como nota de presentación con efectos de aviso preventivo en el Registro Público de la Propiedad en el folio real del inmueble, las partes contratantes celebrarían sus contratos de promesa de compraventa debidamente asesoradas por el Notario, quien brindaría seguridad jurídica, y así se evitarían conflictos posteriores, desapareciendo la costumbre de disfrazar o simular contratos de compraventa con los mal denominados contratos de promesa de compraventa, en los cuáles al darse cumplimiento a todas o a alguna de las obligaciones de las partes del contrato de prometido de compraventa, como son entrega de la cosa o de todo o parte del precio, o pactarse alguna de esas circunstancias, estamos en presencia de un contrato de compraventa y no de una promesa de compraventa (promesa con principio de ejecución). Cuantas veces no comparecen ante el Notario, infinidad de “compradores” con la esperanza de “formalizar” los contratos de promesa de compraventa que exhiben al efecto, y el Notario se ve en la necesidad de informarles que lo solicitado es imposible, o de ser posible les generará un costo muy elevado, o el que previamente se tengan que reunir ciertos requisitos o llevar a cabo largos trámites no previstos por las partes, y en algunas ocasiones incluso la previa intervención de los Tribunales.

Si el contrato de promesa de compraventa, por regulación de la Ley (Código Civil) se celebrara ante Notario debiendo constar en escritura pública, el fedatario intervendrá como un verdadero asesor de las partes, quien con imparcialidad velará por la seguridad jurídica de los contratantes, analizando previamente los documentos antecedentes, y en su momento ante su fe, otorgará el instrumento correspondiente, del cuál solicitará su asiento registral correspondiente como nota de presentación con efectos de aviso preventivo en el Registro Público de la Propiedad en el folio real del inmueble. Con ello, se evitaría la celebración de contratos de promesa de compraventa que nunca llegarán a su conclusión, es decir no se celebrará el contrato prometido o de compraventa, o en caso de incumplimiento, nunca serán verdaderos documentos base de la acción para ser objeto de una “acción pro-forma” ante Tribunales, ya que en la actualidad las partes en ocasiones, celebran contratos de promesa de compraventa “asesorados” por personas no capacitadas o poco profesionales, que recomiendan por desconocimiento cláusulas muchas veces nulas, y que en lugar de “ayudar” sólo perjudican en la mayoría de

los casos al futuro comprador, quien no tendrá en un futuro próximo un lugar donde habitar (si es el caso de que el bien objeto del contrato sea un inmueble destinado a casa habitación, por ejemplo), sino un dolor de cabeza y la pérdida de sus ahorros (que a veces provienen de no sólo una generación, sino de la de sus abuelos y padres) y se ve envuelto en peleas extrajudiciales y judiciales al descubrir que la “asesoría” que recibió en la celebración del contrato de promesa de compraventa, lo fue en realidad de un contrato de compraventa, mismo que es inexistente por falta de objeto o de consentimiento, o en muchos casos, es existente, pero de muy difícil realización o “formalización” ante Notario.

Por ello, es necesaria una reforma legislativa:

*a)* En un primer término, en el sentido de incluir en el Código Civil para el Distrito Federal, en el capítulo referente al contrato de promesa, un artículo que venga a sustituir el mal logrado 2247, modificándolo para que en el mismo se regulen las consecuencias del incumplimiento del contrato de promesa, ya sea ésta unilateral o bilateral, dando la posibilidad a la parte ofendida de exigir el cumplimiento forzoso o bien a su elección la rescisión, más el pago de daños y perjuicios en ambos casos. Con ello nos evitamos el interpretar el contrato con la aplicación de la teoría general de las obligaciones, no siendo aplicable el actual Artículo 2247, por los motivos antes expresados.

*b)* En un segundo término, reformando el Código Civil para el Distrito Federal, en el Capítulo referente a la Compraventa, señalando en un artículo del mismo, que en caso de celebración de un contrato de promesa de compraventa que verse sobre bienes inmuebles, independientemente de su valor, el mismo deberá constar en escritura pública ante Notario, debiéndose realizar el asiento registral respectivo en el Registro Público de la Propiedad en el folio real del inmueble como una nota de presentación con efectos de aviso preventivo, para que en caso de que ante un Notario se pretenda otorgar una escritura de compraventa sobre dicho inmueble, el fedatario sea sabedor a través de la contestación del certificado de existencia o inexistencia de gravámenes, que deberá solicitar al Registro Público de la Propiedad (artículo 3016), que con anterioridad a su intervención ha sido celebrado ante notario un contrato de promesa de compraventa sobre el multicitado inmueble, para los efectos legales a que haya lugar, pudiendo con ello en su caso, evitar posibles fraudes.

*c)* Por último se tendría que reformar el Reglamento del Registro Público de la Propiedad para el Distrito Federal, para incluir el asiento registral de la celebración de contratos de promesa de compraventa sobre inmuebles ante notario, como nota de presentación con efectos de aviso preventivo, por una sola ocasión (no en dos ocasiones: primer y segundo aviso preventivo, como ocurre por ejemplo, en el

caso de compraventas). Nota de presentación con efectos de aviso preventivo que se realizará con el fin de prevenir la inscripción definitiva cuando se otorgue la escritura pública de compraventa del contrato prometido.

d) Asimismo, se deberá incluir en el Arancel correspondiente, el costo de los honorarios por la intervención del Notario al otorgar ante su fe escrituras en las cuáles se haga constar la celebración de contratos de promesa de compraventa sobre inmuebles.

La redacción de la escritura en la cuál se haga constar un contrato de promesa de compraventa sobre inmuebles, dependerá en gran medida de la utilidad no económica sino jurídica que nos brinda esta figura jurídica, es decir, por ejemplo, cabe la posibilidad de que las partes contratantes acudan a este contrato y no al de una compraventa, en virtud de que el “promitente vendedor” todavía no está legitimado para vender (le falta una autorización judicial para vender), o al “promitente comprador” le falta la “formalidad habilitante” para comprar (permiso o convenio con la Secretaría de Relaciones Exteriores por ser extranjero).

Sería recomendable, el que todas las anteriores reformas, se realizaran no solo en el Distrito Federal, sino en los 31 Códigos Civiles de los Estados de la Federación, así como en sus correspondientes Reglamentos del Registro Público de la Propiedad, materializándose de ésta manera en estos contratos la función del Notario, como una figura que verdaderamente es indispensable en cualquier tipo de transacción u operación inmobiliaria que se realice entre los particulares, independientemente de que en la promesa no se trata de transmitir la propiedad de un inmueble, pero esa transmisión operará al final del día en el contrato definitivo de compraventa, mismo que llegará a su celebración, si es el caso de que la promesa fue perfectamente celebrada y asesorada en su caso por un Notario, y en la misma se cumplió con su publicidad, y para el caso de que exista incumplimiento por parte de algún contratante, la parte ofendida tendrá un documento base de la acción para iniciar un procedimiento judicial, sin necesidad de realizar ningún acto prejudicial previo a su demanda.

Con todo lo anterior, queda acreditada la necesidad de la intervención del Notario, en una figura jurídica que en la actualidad ha quedado en desuso, —el contrato de promesa de compraventa—, por la falta de conocimiento de las partes de la gran utilidad de su celebración, y su desplazamiento por su simulación con verdaderos contratos privados de compraventa. Como vemos la intervención del Notario es muy amplia en la vida jurídica de los particulares, quienes con la asesoría del Notario y su dación de fe, cada vez se verán menos involucrados en juicios.