

**UNIVERSIDAD PANAMERICANA**  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia  
Programa de Actualización y Cierre Académico



**El notario y la función asesora y modeladora dentro  
del contrato de promesa de compraventa**

- Tesis de Licenciatura -

Julio César Molina Morales

Guatemala, octubre 2013

**El notario y la función asesora y modeladora dentro del  
contrato de promesa de compraventa**

- Tesis de Licenciatura -

Julio César Molina Morales

Guatemala, octubre 2013

## **AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA**

Rector	M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus
Vicerrectora Académica y Secretaria General	M. Sc. Alba Aracely Rodríguez de González
Vicerrector Administrativo	M. A. César Augusto Custodio Cóbar

## **AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA**

Decano	M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Coordinador de Exámenes Privados	M. Sc. Mario Jo Chang
Coordinador del Departamento de Tesis	Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Director del programa de tesis	Dr. Carlos Interiano
Coordinador de Cátedra	M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Asesor de Tesis	Licda. Karin Romero
Revisor de Tesis	M. Sc. Elisabeth Ávalos

## **TRIBUNAL EXAMINADOR**

### **Primera Fase**

Lic. Miguel Ángel Giordano Navarro

Lic. Eddy Giovanni Miranda Medina

Licda. Flor de María Samayoa Q.

Lic. Pablo Esteban López Rodríguez

### **Segunda Fase**

Licda. Silvia Patricia Valdéz Quezada

Licda. Consuelo Edelmira Velásquez Reyes

Licda. Carmela Chamalé García

Lic. Álvaro de Jesús Reyes García

### **Tercera Fase**

Lic. Arturo Recinos Sosa

Licda. Cynthia Samayoa López



Lic. Álvaro de Jesús Reyes García

Lic. Jaime Trinidad Gaitán Álvarez

Lic. Omar Rafael Ramírez Corzo

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, dieciséis de mayo de dos mil trece.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **EL NOTARIO Y LA FUNCIÓN ASESORA Y MODELADORA DENTRO DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA**, presentado por **JULIO CÉSAR MOLINA MORALES**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor a la Licenciada **KARIN VIRGINIA ROMERO FIGUEROA**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



**M. Sc. Otto Ronaldo González Peña**  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Justicia

**DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA**

Nombre del Estudiante: **JULIO CÉSAR MOLINA MORALES**

Título de la tesis: **EL NOTARIO Y LA FUNCIÓN ASESORA Y MODELADORA DENTRO DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA**

El Tutor de Tesis,

**Considerando:**

**Primero:** Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

**Segundo:** Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

**Tercero:** Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

**Cuarto:** Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

**Por tanto,**

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 01 de agosto de 2013

***"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"***

  
**Licda. Karin Virginia Romero Figueroa**  
Tutor de Tesis



UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, cinco de agosto de dos mil trece.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **EL NOTARIO Y LA FUNCIÓN ASESORA Y MODELADORA DENTRO DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA**, presentado por **JULIO CÉSAR MOLINA MORALES**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico a la Licenciada **RUTH ELISABETH ÁVALOS CASTAÑEDA**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.



**M. Sc. Otto Ronaldo González Peña**  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Justicia

**DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA**

Nombre del Estudiante: **JULIO CÉSAR MOLINA MORALES**

Título de la tesis: **EL NOTARIO Y LA FUNCIÓN ASESORA Y MODELADORA DENTRO DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA**

El Revisor de Tesis,

**Considerando:**

**Primero:** Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

**Segundo:** Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

**Tercero:** Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

**Cuarto:** Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.


**Por tanto,**

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 28 de agosto de 2013

**"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"**



  
**M. Sc. Ruth Elisabeth Avalos Castañeda**  
Revisor Metodológico de Tesis



**DICTAMEN DEL DIRECTOR DEL PROGRAMA DE TESIS**

Nombre del Estudiante: **JULIO CÉSAR MOLINA MORALES**

Título de la tesis: **EL NOTARIO Y LA FUNCIÓN ASESORA Y MODELADORA DENTRO DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA**

El Director del programa de Tesis de Licenciatura,

**Considerando:**

**Primero:** Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

**Segundo:** Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

**Tercero:** Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

**Cuarto:** Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

**Por tanto,**

En su calidad de Director del programa de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 03 de septiembre de 2013

**"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"**



**Dr. Carlos Interiano**

Director del programa de tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



**ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA**

Nombre del Estudiante: **JULIO CÉSAR MOLINA MORALES**

Título de la tesis: **EL NOTARIO Y LA FUNCIÓN ASESORA Y MODELADORA DENTRO DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA**

El Director del programa de tesis, y el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

**Considerando:**

**Primero:** Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

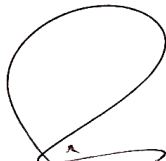
**Segundo:** Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del director del programa de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

**Por tanto,**

Se autoriza la impresión de dicho documento en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 04 de septiembre de 2013

*"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"*



**Dr. Carlos Interiano**  
Director del programa de tesis Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



**Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña**  
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

**Nota:** Para los efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

# Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
El notario	1
La función del notario	4
Finalidad de la función notarial	7
El contrato de promesa de compraventa	9
La incidencia del notario en el contrato de promesa de compraventa	25
La falta de positividad y efectividad del contrato de promesa de compraventa	40
Conclusiones	44
Referencias	46

## **Resumen**

El objetivo del trabajo de investigación fue realizar un análisis jurídico descriptivo del profesional del derecho en su actividad de notario y la función asesora y modeladora dentro del contrato de promesa de compraventa.

Como planteamiento de la problemática que surge para el profesional del derecho, la falta de positividad en la celebración de los contratos de promesa de compraventa, donde su actuación como asesor y modelador de la voluntad de las partes, al momento de celebrarse un contrato de promesa de compraventa, es evidente que los promitentes buscan garantizar sus derechos y obligaciones contractuales, pero que en la actualidad el faccionamiento de una escritura pública o bien de un documento privado, surte aparentemente la misma función de garantizar las obligaciones. Sin embargo al final de la investigación, se realizan las consideraciones pertinentes de los efectos negativos que se derivan de dicha relación contractual. Es decir, la no inscripción del testimonio de la escritura, la celebración del contrato en documento privado, la diferencia a tributar en los testimonios de la escritura de promesa de

compraventa, la suscripción de plazos mayores a los dos años, entre otros aspectos. Lo anterior es el resultado del análisis y funcionalidad del contrato investigado, en relación al profesional del derecho y su función notarial.

Cuando se elaboró el presente trabajo de investigación, se realizó pensando en el daño que se puede ocasionar por la falta de positividad de las normas que regulan el contrato de promesa de compraventa, así como lo gravoso que resulta que en los testimonios de dicho contrato se cubran impuestos diferentes, lo que ha provocado a la sociedad, la falta de seguridad jurídica porque se ha abusado de ese derecho, y de esa manera han evadido a la efectividad jurídica y registral que debiese tener dicho contrato.

## **Palabras clave**

Notario. Función asesora. Función modeladora. Contrato. Promesa de compraventa

## **Introducción**

El contrato de promesa crea un estado de derecho preliminar para la celebración de otro contrato, se trata de un precontrato, por el que las partes se comprometen a celebrar en el futuro otro que actualmente no pueden o no quieren celebrar. Es conocido como un contrato preliminar o preparatorio, cuya función y fin en la celebración en el futuro de otro contrato diferente entre las mismas partes, nace una verdadera y real relación contractual, que tiene existencia y que genera derechos y obligaciones para las partes. En la legislación guatemalteca, el contrato futuro puede ser de cualquier clase, a diferencia que ocurre en otros países, donde el único contrato de promesa es el contrato de promesa de compraventa.

La falta de positividad en la celebración del contrato afecta la intervención del profesional del derecho, es decir del notario, ya que la aplicación de las funciones asesora y modeladora de la voluntad de las partes, dentro del contrato de promesa de compraventa, entendido éste como un contrato preparatorio que da lugar a la futura celebración de otro contrato, es ineficaz, cuando las partes solo buscan garantizar

ya sea por medio de una escritura pública o bien por un documento privado.

Este trabajo pretendió demostrar que aun cuando se realice la función modeladora y asesora, por parte del profesional del derecho, los efectos del contrato, se verán afectados si no se cumplen con las obligaciones posteriores, en especial de la inscripción registral y la ineficacia ante terceros, la forma de faccionamiento del mismo en relación al contrato futuro que se piensa otorgar, y que en un inicio queda plasmado en la promesa, pero no se realiza la inscripción en el ente registral, porque se realizará por un valor menor al pactado en la promesa; así como, las garantías otorgadas entre las cuales se mencionan las arras, la multa, los daños y perjuicios, así como la obligación de la tributación en el testimonio y testimonio especial.



## **El notario**

Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco no existe una definición de lo que es el notario, pues el decreto número 314 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Notariado, no define a detalle esta figura, pues únicamente señala en el artículo 1 que: “el Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte“. Sin embargo, al hacer un enfoque en la doctrina se observa que varios autores acuden a la definición aprobada por la Unión Internacional del Notariado, en 1948, tal como lo hacen Muñoz y Gracias, quienes dicen:

El notario es el profesional del derecho, encargado de una función pública, que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo copias que den fe de su contenido. En su función está contenida la autenticación de hechos. (Muñoz, 2013: 61)

El notario latino es el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin (confiriéndoles autenticidad), conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido (Gracias, 2011: 61)

Además, Muñoz añade que el notario “está facultado para conocer, tramitar y resolver algunos asuntos no contenciosos, llamados de jurisdicción voluntaria”. (2013:61). Es evidente que los dos autores mencionados señalan que el notario es el encargado primeramente de una función pública, mediante el servicio que prestará a los particulares en la autorización de actos jurídicos y contratos en que intervenga y autorice otorgándoles a los mismos la presunción de veracidad por medio de la fe pública que le asiste como profesional del Derecho.

Además, en su función pública es el encargado de recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, lo cual se encuadra dentro de la función receptiva, asesora y modeladora que son actividades propias del notario; para luego conferirles carácter autenticador a dichos actos y contratos, que no es más que hacerlo fehacientemente e investir de creencia al contenido. Seguidamente el notario debe conservar los instrumentos originales que contienen los actos jurídicos y contratos en que haya intervenido, esto generalmente se observa en los documentos del protocolo tales como: las escrituras públicas o matrices, las actas de protocolización, las razones de legalización de firmas y los documentos que el notario deba registrar de conformidad con la ley; mas no así en los llamados documentos privados o actas

notariales las cuales quedan generalmente en poder de los comparecientes. Por último, las copias las expedirá continuando en el orden de ideas de los instrumentos públicos contenidos dentro del protocolo por medio de testimonios.

### **Requisitos habilitantes del notario**

Los requisitos para ejercer el notariado se establecen en el artículo 2 del decreto número 314, del Congreso de la República, Código de Notariado, y son los siguientes: Ser guatemalteco natural, mayor de edad, del estado seglar, domiciliado en la República de Guatemala; tener el título facultativo obtenido en la República de Guatemala, o la incorporación con arreglo a la ley de haberse obtenido en el extranjero, haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación, y la firma y sello que usará con el nombre y apellidos usuales, además añade ser de notoria honradez, y ser colegiado activo en el correspondiente Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala; este último requisito de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

## **La función del notario**

Gracias señala:

Cuando se habla de la función notarial, se hace referencia a cuáles son las facultades, las atribuciones, el cometido y la finalidad del ejercicio de la profesión del Notario, es decir, cuáles son las actividades profesionales del Notario para cumplir con su objetivo” (2011:131).

Pérez, citado por Gracias, señala que la actividad del notario consiste en “escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar, conservar y reproducir el instrumento”. (2011:131).

Entonces, la función notarial es el qué hacer del notario, es decir la actividad misma del notario dentro de su profesión; y para el caso, este profesional del Derecho desarrollará las siguientes funciones: receptiva, asesora, modeladora, calificadora, legitimadora, preventiva, autenticadora. Para el presente estudio únicamente se desarrollarán dos funciones, la función asesora y la función modeladora.

## **Función directiva o asesora**

Es la función que ejerce el notario al momento de escuchar la intención, o de recibir la solicitud de las partes, entonces el notario interpreta la voluntad de las partes, asesorándolas, dirigiéndolas y explicándoles el negocio que pretenden celebrar, adecuándolo al ordenamiento jurídico para este caso específico o determinado. Esta orientación que el notario da a los clientes o comparecientes es en virtud de su preparación jurídica y técnica como profesional del Derecho.

Gracias señala al respecto que:

En esta función es en la cual se evidencia tanto la formación profesional del Notario, así como su experiencia, según todo lo cual puede ofrecer las alternativas para que se haga realidad ese aspecto que ha sido denominado fase normal del derecho. En esa fase las personas, valiéndose del orden jurídico vigente, acuden ante el Notario para que les oriente y presente las mejores posibilidades para hacer realidad los cambios en la realidad actual de las cosas, en concordancia con su deseo y voluntad “. (2011:151).

Esta función se ejerce después de haber terminado la recepción de información suministrada por los comparecientes, y es en este momento cuando el notario se transforma de una función de receptor pasivo a una función dinámica y activa para dirigir y asesorar a los

comparecientes dejando en éstos la decisión final, sobre qué opción prefieren realizar notarialmente, con base en todos los elementos legales y de juicio que le han sido aportados por el notario.

### **Función modeladora**

Esta función consiste en encuadrar la voluntad de las partes dentro de la forma idónea notarial en cuanto a la creación y redacción del instrumento o documento.

Gracias señala que:

Mediante la función modeladora el Notario, en un acto creador personal y singular, traduce todos los elementos fácticos, circunstanciales, y de realidad que le han sido presentados, en armonía con el ordenamiento jurídico, en un documento que patentiza también la formación personal, el conocimiento del idioma, el estilo de redacción, la precisión terminológica y demás elementos que responden al complejo cultural del cual se encuentra revestido el Notario. Tan es así, que un mismo hecho, acto o negocio jurídico, con todos sus elementos, dará por resultado, si se presenta a diferentes notarios, un documento que reunirá los requisitos esenciales del asunto de que se trate, pero que variará significativamente en cuanto al estilo, el desarrollo, la precisión y el afinamiento conceptual y terminológico que se le pueda dar (Gracias, 2011:155 y 156)

Muñoz señala que la función modeladora se da “cuando el notario está adecuando mentalmente la voluntad de las partes, a las normas que

regulan el negocio que se pretende celebrar, antes de plasmarlo en el instrumento”. (2013:98).

## **Finalidad de la función notarial**

La función notarial presenta dos tipos de finalidades: una de carácter inmediato, y otra de índole mediata, ambas finalidades se van a distinguir por sus características y efectos en el tiempo, así como que cada una cumple diferentes propósitos dentro del quehacer notarial.

### **Finalidad inmediata de la función notarial**

Esta consiste en la creación o nacimiento a la vida jurídica del instrumento público y de los documentos notariales, según sea el requerimiento de las partes. Gracias al respecto manifiesta: “si el instrumento, como finalidad inmediata, constituye el objeto central de la función notarial, la expresión concreta de esa finalidad se traduce en los siguientes aspectos y propósitos: a) Dar forma, b) Probar, y c) Dar eficacia legal”. (2011:159).

## **Finalidad mediata de la función notarial (seguridad, valor, permanencia)**

Muñoz, citando a Carral, indica que son tres las finalidades que persigue la función notarial: “seguridad, valor y permanencia“.

Seguridad: Va a estar reflejada en el carácter de firmeza o de certeza que reviste el documento notarial.

Valor: Consiste en la fuerza y eficacia que ostenta el instrumento notarial para producir efectos legales entre los contrayentes y ante los hombres.

Gracias señala que:

Debe tenerse especial cuidado en no confundir el valor como finalidad notarial con la validez del negocio y del documento. La validez, expresa, es la viabilidad, en tanto que el valor es la eficacia y la fuerza que otorga la intervención del notario entre partes y frente a terceros (2011:161).

Permanencia: Es una de las más importantes finalidades del instrumento notarial, puesto que éste nace para proyectarse en el tiempo a futuro, esta permanencia se aprecia en gran manera en los instrumentos públicos contenidos en el protocolo, los cuales incluso



perduran más allá de la vida del propio notario, al encontrarse después en el Archivo General de Protocolos.

## **El contrato de promesa de compraventa**

El contrato de promesa, en el caso específico del presente estudio aplicado el contrato a la promesa de compraventa, es un tipo de contrato que pertenece a la clasificación de los denominados contratos preparatorios o preliminares, junto al contrato de opción. Recibe las denominaciones de preparatorio o preliminar, en virtud que por medio de éstos se acepta la obligación de suscribir un contrato en el futuro, que en el presente caso será un contrato de compraventa, por medio de la promesa que manifiestan ante la otra parte cada uno de los contratantes, y mediante la cual quedan obligados a suscribir dicho contrato en el futuro, que generalmente va a referirse a la afectación de bienes patrimoniales como en el presente estudio.

Palomar, citado por Alvarado, indica que el contrato preliminar o preparatorio es “aquél por el cual una de las partes, o las dos se comprometen a concluir en el futuro, entre ellas mismas o con un

tercero, otro contrato llamado futuro, principal o definitivo” (2011: 85).

Pérez, citado por Alvarado, define el contrato de promesa como “el acuerdo de voluntades por medio del cual una parte o ambas, según sea unilateral o bilateral, se obligan a celebrar un contrato futuro“. (2011:85).

Santos, citado por Alvarado, indica que el contrato preliminar “es un contrato en virtud del cual las partes sientan las líneas básicas de un contrato específico y contraen la obligación de desenvolverlas o desarrollarlas en lo futuro, a fin de que aquel último quede en definitiva completo y concluso”.(2011:85).

Puig, citado por Alvarado, indica que el contrato de promesa “es aquel por cuya virtud dos o más personas se comprometen a celebrar en un plazo cierto, determinado contrato, que por el momento no quieren o no pueden estipular “. (2011:86).

La legislación guatemalteca, en el Código Civil, decreto ley 106, artículo 1674 indica lo siguiente: “Se puede asumir por contrato la obligación de celebrar un contrato futuro. La promesa de contrato debe

otorgarse en la forma exigida por la ley para el contrato que se promete celebrar“. Continuando en el mismo cuerpo legal, el artículo 1679 expresa: “la promesa bilateral de contrato obliga a ambas partes y les da derecho a exigir la celebración del contrato prometido de entero acuerdo con lo estipulado“. Asimismo, el artículo 1681 del mismo Código Civil da un plazo al contrato de promesa de compraventa al indicar que “el plazo en el contrato de promesa no podrá exceder de dos años si se tratare de bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos, y de un año, si se tratare de otros bienes o prestaciones“.

En el presente estudio, esta promesa de celebrar un contrato futuro consiste en una compraventa a ejecutarse entre las partes en un tiempo próximo, razón por la cual se hace referencia al artículo 1790 del Código Civil guatemalteco, decreto ley 106, que indica “por el contrato de compraventa el vendedor transfiere la propiedad de una cosa y se compromete a entregarla, y el comprador se obliga a pagar el precio en dinero”.

Entonces, por contrato de promesa de compraventa se debe entender lo siguiente: es el contrato preparatorio por medio del cual ambas partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato de compraventa, que en

el momento presente no es posible de concretar fijando un tiempo determinado para la celebración del mismo.

### **Características del contrato de promesa de compraventa**

Dentro de las características que revisten a este contrato están: es un contrato consensual, preparatorio, formal, principal, bilateral, gratuito u oneroso.

En el presente estudio el contrato de promesa de compraventa reviste un carácter consensual toda vez que, para que dicho contrato se perfeccione y surta efectos, es suficiente con obtener el consentimiento de las partes.

Se dice que es un contrato preparatorio porque viene a preparar el campo para una posterior contratación que culminará con una compraventa, es decir, prepara el terreno para la celebración de otro contrato en futuro y que actualmente no se puede o no se quiere celebrar. También es un contrato formal, el cual va a estar determinado en cuanto a su forma según sea la característica del contrato que se celebrará en el futuro.

Además, se dice que es principal, en virtud que subsiste por sí solo, no importando que su fin sea la celebración posterior de otro contrato. Otra característica importante es que es un contrato bilateral, pues ambas partes quedan obligadas en virtud de este contrato de promesa al cumplimiento del mismo, se obligan recíprocamente, quedando cada una responsable con la otra en caso de incumplimiento del mismo. Por último, el contrato de promesa de compraventa tiene por característica ser gratuito, pues generalmente las prestaciones de las partes se cumplirán al celebrarse en el futuro el contrato prometido, no obstante, también puede ser de característica onerosa cuando dentro de él se pactan arras, o al pagar una de las partes a la otra alguna cantidad para inducirla a la celebración del mismo, con el propósito de la celebración de otro en el futuro, que consistiría en un contrato de compraventa.

### **Elementos del contrato de promesa de compraventa**

Dentro de este contrato se encuentran tres diferentes tipos de elementos, los cuales son: elementos personales, elementos reales y elementos formales.

## Elementos personales

Los elementos personales se refiere a las personas que intervienen en la celebración del contrato de promesa de compraventa, y serán entonces el promitente vendedor, que es quien promete vender determinado bien, y el promitente comprador que es la persona que promete comprar ese bien a cambio de pagar el precio de la cosa en dinero. Por supuesto, que cada una de las partes debe tener capacidad para obligarse por lo que ambas deben tener la capacidad de ejercicio, cuando sea el caso, en que una de las partes estuviere dentro de los supuestos de ser menor de edad o interdicto, es decir que fuere incapaz, entonces deberá actuar por medio de un representante legal. Al respecto Viteri (2007:4) señala “... si el representante legal del incapaz va a celebrar un contrato de promesa de venta de un inmueble, requerirá de autorización judicial, sea para celebrar válidamente un contrato de promesa o para celebrar el contrato definitivo...”

## Elementos reales

Otro elemento importante es el elemento real el cual va a estar conformado por la cosa, que es el fin del otorgamiento del contrato futuro: y, el precio o sea el monto pactado por ella.

## Elementos formales

El elemento formal está constituido por la forma en que se celebra el contrato, es decir, que siempre el contrato se otorgará por escrito, y por escritura pública cuando se trate de bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos, que deban inscribirse en el Registro de la Propiedad, según lo estipula el artículo 1680 del Código Civil, y el instrumento público se faccionarán conforme el artículo 29 del Código de Notariado, decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala.

## Viteri señala

Es esencial que en el contrato de promesa, se definan en forma completa y detallada todos los elementos esenciales, naturales y accidentales, condiciones, estipulaciones y normas del contrato futuro o, por lo menos, las bases para determinarlos, tanto para evitar nuevas negociaciones entre las partes, como para facilitar la labor judicial, en caso se tenga que promover judicialmente la celebración del contrato definitivo, pues si el contrato preparatorio no define totalmente y al detalle todos los elementos de aquél o no contiene estipulaciones que permitan determinarlos, al juez le será imposible ejecutar lo pactado y habría necesidad de un proceso declarativo, para integrar los elementos accidentales del contrato que fueron omitidos (Viteri, 2007:5)

## **Efectos o consecuencias del contrato de promesa de compraventa**

El efecto natural del contrato de promesa es obligar a las partes a la celebración del contrato definitivo, de modo que al otorgarse el contrato prometido, se cumplen las obligaciones previstas en el contrato de promesa y este se agota y deja de surtir efectos.

La celebración de un contrato de promesa que se refiera a bienes inmuebles, muebles identificables o derechos reales sobre éstos, no implica la transferencia de ellos, ni afecta los derechos del propietario, sino únicamente crea para éste la obligación de celebrar en el futuro un contrato definitivo previsto, con sus consecuencias naturales en cuanto a tales bienes y derechos.

La existencia del contrato puede afectar a terceros, si aquél ha sido anotado en el Registro de la Propiedad. Por lo tanto, si la promesa no se hubiere inscrito en el Registro, el propietario o titular de tales derechos puede usar, gozar y disponer de ellos, libremente, durante el plazo de la promesa, con la obligación de advertir al adquirente de la existencia de la promesa, tal como lo establece el artículo 1805 del Código Civil:



Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie, y también una esperanza incierta. Igualmente pueden venderse las cosas o derechos litigiosos, o con limitaciones, gravámenes o cargas, siempre que el vendedor instruya previamente al comprador, de dichas circunstancias y así se haga constar en el contrato

No obstante lo anterior, si la promesa se hubiere inscrito, el propietario tampoco está impedido de usar, gozar, enajenar o gravar la cosa, pero dada la publicidad registral, las obligaciones que aquél corresponden, derivadas de la promesa, pasan al adquirente de la cosa o el derecho y es a éstos a quienes el otro contratante o el optante puede dirigir sus acciones.

En caso de promesa unilateral, únicamente el incumplimiento del promitente produce responsabilidades, ya que el optante no tiene obligaciones derivadas del contrato preliminar, y por lo tanto, el no ejercicio de los derechos que le otorga la opción, únicamente resulta en la extinción del contrato, y en consecuencia, en la liberación del promitente.

El Código Civil regula la promesa y la opción en el mismo articulado, por medio de este negocio jurídico, es decir, la promesa de compraventa, se asume el compromiso de celebrar un futuro contrato. Surge del acuerdo de voluntades para celebrar un contrato

futuro, naciendo para las partes la obligación exigible incluso por ejecución, de la conclusión del contrato prometido.

Como toda acción o acto de la voluntad humana, genera cambios en el mundo exterior, también lo es, que la celebración de un contrato de promesa, derivan derechos y obligaciones para las partes que lo celebran.

### **Indemnización de daños y perjuicios**

En la sociedad guatemalteca, al momento de realizar un contrato de promesa, uno de los efectos que se derivan de su incumplimiento, será el pago de indemnización de daños y perjuicios. Lo anterior es atendible, porque las partes de la relación contractual han puesto sus expectativas en los resultados del contrato. Por un lado el promitente comprador espera que en una fecha cierta y al momento de tener los recursos económicos que permitan celebrar el contrato futuro, se dará la compraventa, no habrá negativa por parte del promitente vendedor, de negarse a la celebración del contrato final; viceversa, el promitente vendedor, espera que en la fecha convenida, obtendrá el saldo del valor del bien prometido en venta, por lo que el tiempo de espera para ambas partes y el

incumplimiento puede afectarlos patrimonialmente, al no obtener los recursos ni el bien en el tiempo establecido.

Lo que corresponde en caso de incumplimiento de la relación contractual celebrada, será una indemnización por daños y perjuicios. Su objeto es considerado como la actividad del obligado, consistente en prestar su consentimiento para el contrato prometido, sus efectos se resolverían siempre en el pago de una indemnización por daños y perjuicios, toda vez que no se podría ejecutar judicialmente pretendiendo sustituir la voluntad del remiso por medio de la sentencia.

Espín Cánovas sostiene que:

La opinión dominante considera como objeto del precontrato un facere, es decir, una actividad personal consistente en prestar el consentimiento para celebrar el contrato prometido, por lo que los efectos del incumplimiento del precontrato se reducirían siempre al resarcimiento del daño, por no ser posible sustituir judicialmente en la sentencia condenatoria, el consentimiento de la parte que incumplió. (1975:425-426)

## **Arras**

Las arras o señal de negocio son una suma de dinero o de cosas que una persona entrega a otra en garantía de que celebrará un negocio jurídico.

Ossorio las define como:

Lo que se da como prenda o señal de algún contrato o concierto, ya sea para confirmarlo, ya sea para reservarse el derecho de arrepentirse, supuesto este en que el donante de las arras pierde las entregadas. La institución examinada no recibe ese nombre en la vida comercial, sino el de señal, habiendo quedado reservado el otro, en ciertas legislaciones o costumbres, a la donación que el esposo hace a la esposa en remuneración de la dote o por sus cualidades personales.(1980:34)

En el derecho guatemalteco las arras quedan circunscritas a las obligaciones ya que a la donación hecha por el esposo a la esposa, se le denomina esponsales según lo establece el artículo 80 del Código Civil.

Las arras pueden ser penitenciales y de retracción. Las penitenciales vienen a ser una especie de sanción contractual en caso de incumplimiento, mas no se identifican con la cláusula penal ya que en ésta se cuantifican los daños y perjuicios; las de retracción son la

suma de dinero o de cosas muebles que una persona da a otra en garantía de que va a celebrar un contrato, y se agrega, la suma que es aceptada por ésta para asegurar a quien las da, que también celebrará el negocio.

Las arras tienen orígenes en el derecho romano, y las penitenciales específicamente lo tienen en el germánico. En los contratos de promesa se pueden pactar arras de retracción para garantizar la celebración del contrato prometido, y en caso el negocio se celebre, la cantidad entregada se aplica al precio de la cosa, a la renta, etcétera.

El objeto de las arras es causar un efecto en el ánimo de los contratantes tendiendo a:

...reforzar el vínculo obligatorio mediante la presión que sobre el deudor se ejerce al conminarle con un determinado perjuicio para el caso de incumplimiento de la obligación, perjuicio que debe exceder a la indemnización que correspondería por dicho incumplimiento para que la obligación tenga verdaderamente el carácter de pena, y produzca la coacción deseada.(Viteri,2002:8)

El artículo 1684 del Código Civil regula, aunque de forma deficiente, lo relativo a las arras en la promesa; preceptúa:

“...Vencido el plazo a que se refiere el párrafo anterior para entablar la acción, sin que esta se haya ejercitado, las partes quedan libres de toda obligación. En este caso, si hubo arras, las devolverá quien las recibió.”

Siendo una realidad, que el contrato de promesa puede ser gratuito, siendo esta su concepción más elemental, las prestaciones de las partes se cumplirán al celebrarse el contrato prometido y será en esa ocasión que se realicen los provechos y gravámenes recíprocos. Sin embargo, podría ser oneroso si se pactan arras o si se paga una cantidad a una de las partes para inducirlo a la celebración del contrato preparatorio.

Lo anterior tal como lo establece el artículo 1590 del Código Civil el cual preceptúa: “Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito, aquel en que el provecho es solamente de una de las partes.”

La función modeladora del notario, obliga a interpretar la voluntad de las partes y así plasmarle en el contrato. Al momento de redactar la cláusula correspondiente a las arras, debe exponer a las partes, la función de las mismas, con el fin de que no exista tergiversación del

por qué se entrega una suma de dinero y cuál es el objeto de nominarlo como arras.

### **Pago de multa**

La cláusula penal según Ossorio, “se refiere al supuesto en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa de retardar o no ejecutar la obligación.”(1980:183)

La cláusula penal o de indemnización es un medio de garantía del cumplimiento de la obligación adquirida. Es recomendable su utilización cuando el acreedor no desea que se garantice su crédito con fianza, hipoteca u otro medio idóneo, o el deudor tampoco lo desea o simplemente no puede hacerlo. Consiste en una obligación accesoria ejecutable en caso de incumplimiento de la principal. El fin último de la cláusula penal es mantener el interés en el deudor en el cumplimiento de su obligación, por tanto, aquella deberá tener un valor económico superior a la prestación a que se obligó, es decir, debe ser más gravosa. De lo contrario, la finalidad de la cláusula penal no se cumple ya que al deudor le será indiferente incumplir la

prestación, pues la penalización será equivalente a la obligación principal.

Es lícito en Guatemala estipular en el contrato de promesa la cláusula penal sin perjuicio del cumplimiento de la prestación establecida contractualmente. Según el artículo 1685 del Código Civil cuando en la promesa se conviene en el pago de una multa, sin expresar que este pago es sin perjuicio del cumplimiento del contrato, pagada la multa, cesa la obligación de celebrar el contrato prometido. Lo que quiere decir que si expresamente lo estipulan los contratantes puede perfectamente pactarse la cláusula de indemnización y el cumplimiento del contrato prometido en forma conjunta.

El artículo 1685 del Código Civil establece: “Cuando en la promesa se conviene en el pago de una multa sin expresar que este pago es sin perjuicio del cumplimiento del contrato, pagada la multa cesa la obligación de celebrar el contrato prometido.” Del artículo precitado se establece que la multa no es más que la designación de una cantidad de dinero en concepto de multa, que podrá ser exigida por alguna de las partes, si se diera el caso de no querer cumplir con la obligación de celebrar el contrato prometido.



## **La incidencia del notario en el contrato de promesa de compra venta**

Arnau expone que el derecho notarial es: “El conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público.”(1994:40)

En Guatemala la única fuente del derecho notarial es la ley, es decir que si el contrato celebrado es el contrato de promesa, debe redactarse el instrumento requerido. Los notarios pueden hacer sólo lo que la ley les permite, evitando con ello extralimitarse en sus funciones y no abusando de la fe pública que tienen. El objeto del derecho notarial es la creación de un instrumento público que sólo un notario puede elaborar, a petición de parte. Dicho profesional solo puede faccionar únicamente los instrumentos que la legislación actual le permite.

El notario es el profesional del derecho, encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este

fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido.

Alvarado expone que:

Es el profesional del derecho que ejerce una función pública, el mismo debe recibir de sus clientes las necesidades que ellos exponen, dando forma legal a la voluntad de las partes, plasmándola posteriormente en un instrumento público adecuado a ese fin y confiriéndoles autenticidad. (2011:19)

La función notarial es el quehacer notarial. En sentido jurídico la función notarial es la verdadera y propia denominación que cabe aplicar a las tareas que realiza el notario en el proceso de formación del instrumento público. La actividad notarial tiene milenaria tradición en el ejercicio de su función asesora, formativa y autenticante de la voluntad de las partes, en las que se incluyen el consejo, la mediación, la conciliación de sus intereses. La finalidad de su función es la aplicación del derecho en forma pacífica, como parte de la justicia preventiva y cautelar, por lo que se excluye su actuación en las etapas de desarrollo contencioso de las relaciones jurídicas.

En el faccionamiento de un contrato de promesa de compraventa, el profesional del derecho deberá observar y respetar los principios del derecho notarial que rigen su función, siendo los siguientes:

- a) Forma jurídica: que consiste en la adecuación del acto que se va a desarrollar, a las normas legales vigentes.
- b) Autenticación: el instrumento público garantiza por escrito su contenido, por lo tanto además de auténtico es fehaciente. Para que revista este carácter el hecho o acto productor de derecho, este debe ser visto y oído, esto es percibido sensorialmente y por tanto consignado, comprobado y declarado por un funcionario público revestido de autoridad y facultad conocida como autenticadora, para los actos o contratos en que interviene.
- c) Inmediación: demanda un contacto entre el notario y las partes y un acercamiento de ambos hacia el instrumento público.
- d) Rogación: la intervención del notario siempre será solicitada, es decir que no puede actuar por sí mismo o de oficio.

- e) Consentimiento: requisito esencial y debe estar libre de vicios, si no hay consentimiento no puede haber autorización notarial. La ratificación y aceptación queda plasmada mediante la firma de los otorgantes, expresando su correspondiente consentimiento en el instrumento que se facciona.
  
- f) Seguridad jurídica: se basa en la fe pública que tiene el notario, por lo tanto los actos que legaliza son ciertos, existe certidumbre o certeza.
  
- g) Fe pública: es la facultad que tiene el notario, de otorgar autenticidad a los actos y contratos de carácter extrajudicial en los que interviene o facciona, así como de los hechos que autoriza, con ocasión del ejercicio de su ministerio o facultad otorgada por el Estado.
  
- h) Unidad del acto: el instrumento público debe perfeccionarse en un sólo acto. Por tal circunstancia lleva una fecha determinada.
  
- i) Protocolo: donde se plasman las escrituras matrices u originales, y es necesario para la función notarial debido a la

perdurabilidad y seguridad en que quedan los instrumentos autorizados por notario, producen fe y hacen plena prueba.

- j) Publicidad: los actos que autoriza el notario son públicos. Por medio de la autorización notarial se hace pública la voluntad de las personas.

### **La participación del notario mediante la aplicación de sus funciones en el contrato de promesa de compra venta**

El notario participa en la creación del instrumento público dando forma legal y eficacia al negocio jurídico, el cual además tiene como propósitos el perpetuar hechos y actos jurídicos y ser prueba en juicio o fuera de el en base a su características de prueba preconstituida, para el caso todo los instrumentos públicos deberán ser redactados y consagrados en base a tecnicismos jurídicos y por supuesto encontrarse dentro del protocolo.

Giménez respecto al instrumento público expone: “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.”(1994:95)

La seguridad de la promesa de compraventa, se fundamenta en la colección de los instrumentos en el protocolo, pues el instrumento original queda en el profesional del derecho, lo que conlleva la existencia de un valor, el cual se conoce con los nombres de valor formal y valor probatorio.

En cuanto al negocio que contiene internamente la escritura pública de promesa de compraventa, el valor probatorio consiste en el pacto de una negociación a futuro de la celebración de otro contrato. Es decir que las partes pueden obligarse mutuamente al cumplimiento de lo pactado cuando se refiere al cumplimiento de las formalidades esenciales y no esenciales que la ley dispone para el funcionamiento de un contrato. Dentro de las reglas en los instrumentos públicos se pueden mencionar como de mayor importancia las siguientes:

- a) Si el notario no conociere a los otorgantes los debe identificar legalmente, con el documento respectivo, testigos de asistencia, en su caso con pasaporte. La identificación de los comparecientes indicando sus datos generales y personales.

- b) La fe de que el notario conoce a las personas que intervienen en el instrumento y que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles.

### **La función asesora del notario aplicada al contrato de promesa de compraventa**

Conocida también como función directiva, el notario, siendo depositario de la fe pública en la esfera de las relaciones privadas y teniendo los conocimientos jurídicos suficientes para determinar la legalidad del negocio jurídico que las partes deseen celebrar, recibe e interpreta la voluntad de las partes para asegurar que el hecho del cual se dará fe, corresponde a la verdadera voluntad o intención de las partes.

El profesional del derecho, como consecuencia de su actividad profesional, se convierte en un consejero, un asesor, pues atiende a las partes a que sus diferencias, dudas o condiciones que deberá contener el instrumento, se resuelvan de común acuerdo. Debe procurar la prevención de problemas, cuando se adelanta a ellos, les explica los efectos jurídicos derivados de la celebración de un

contrato de promesa de compraventa y previene cualquier posible dificultad que pueda sobrevenir.

La ética profesional la asociamos de inmediato a la conducta de un profesional, la cual debe ser intachable al respetar y observar normas de conducta profesional y la ley. En Guatemala son dos profesiones que se estudian conjuntamente, la de abogado y notario, e igualmente se ejercen, por lo tanto cabe hacer mención de los requisitos para poder ejercer la profesión, los cuales se encuentran regulados en el artículo 2 del Código de Notariado.

La función asesora. Se basa en la rectitud del profesional del derecho, que actúa conforme el Código de Ética profesional, el cual regula materias como la formación de clientela, relación del abogado con tribunales y demás autoridades, relación abogado con sus clientes, cobro de honorarios, relación abogado con colegas, la competencia desleal y los actos contra el prestigio de la profesión.

La ética notarial establece que los notarios deben preocuparse de cumplir con la ley y no abusar de la función notarial. Los notarios deben de ser honestos entre ellos y con sus clientes. Esta obligación



debe de realizarse porque deben hacerlo por convicción propia y no porque exista una sanción a la cual le deban temer.

La profesión de notario es de mucha responsabilidad, preparación, conocimiento, capacidad pero sobre todo de ética principios y valores para que las partes confíen en él, debido a que este profesional ostenta una gran credibilidad al ser depositario de fe pública la cual le enviste el Estado, por lo cual se presumen como ciertos todos los actos y contratos que autorice.

Es por todo lo anterior que el notario guatemalteco debe de gozar de honorabilidad y honestidad, para realizar una labor notarial bien entendida y bien desempeñada, y constituir un verdadero apostolado y asegurarse que sin notarios competentes y honestos, muchísimas personas, pero especialmente de humilde condición, serían víctimas diarias del abuso y del engaño.

El notario en el ejercicio de su profesión debe actuar con rectitud, en especial porque no tiene una supervisión constante, debe aplicar las normas ajustadas a la ética y a la moral más estricta y siempre haciendo uso de la equidad e imparcialidad.

## **La función modeladora del notario aplicada al contrato de promesa de compraventa**

Es aquella por medio de la cual el notario modela la voluntad de los otorgantes para adecuarla a la norma legal que regula el negocio y como consecuencia de ello califica el acto que se le plantea adecuándolo a la voluntad de las partes y a las normas jurídicas. Al momento de dar forma a la voluntad de las partes, quedan establecidos en la escritura pública los aspectos de forma y de prueba, los cuales están enmarcados en los fines del instrumento público.

El notario trata, al autorizar un instrumento público, de darle forma a la voluntad de las partes y que esa voluntad, plasmada en el elemento papel llamado protocolo, sirva de prueba de la expresión de voluntad de los mismos.

El instrumento autorizado por notario tiene el respaldo estatal de ser garante de los derechos plasmados en él. En el derecho guatemalteco los documentos autorizados por notario, producen fe y hacen plena prueba. Asimismo, se tiene la certeza de que la fecha

de ella es rigurosamente exacta y los efectos que de esta virtud excepcional pueden producirse, son considerados numerosos.

### **Los deberes del notario en el contrato de promesa de compra venta**

El fundamento de la fe pública del Estado, delegada en el notario, se halla en la necesidad que tiene la sociedad para lograr la estabilidad y armonía social. Se dota a las relaciones jurídicas de fijeza, certeza y autoridad, a fin de que las manifestaciones externas de estas relaciones sean garantía para la vida social y jurídica de los ciudadanos, y hagan plena prueba ante todos y contra todos, cuando aquellas relaciones jurídicas entran en la vida del derecho en su estado normal.

Los notarios guatemaltecos por ministerio de la ley gozan de fe pública tal como lo establece el artículo 1 del Código de Notariado.

### **Veracidad**

Al momento de faccionarse una escritura de promesa de compraventa, existirá credibilidad en su contenido, ya que el

instrumento por ser autorizado por quien posee fe pública es creíble para todos y contra todos, gozando de firmeza, irrevocabilidad e inapelabilidad, ya que mientras el instrumento no sea redargüido de nulidad es firme; al no existir un superior jerárquico al notario, no es apelable ni revocable, es decir que no podrá recurrirse ante un ente superior.

El cliente tiene derecho a que el notario le preste un buen servicio, sin embargo, tiene la obligación de informar correctamente al profesional, aportando todos los datos y/o documentos que fueran necesarios; adoptar las soluciones que el profesional le presente y pagar los honorarios pactados.

Por su parte, el notario tiene la obligación de estudiar el caso, y dar al cliente la correcta y adecuada solución al caso y como contraprestación el derecho de cobrar sus honorarios y que le sean reintegrados los gastos efectuados.

## **Imparcialidad**

Uno de los atributos esenciales de la función notarial es la imparcialidad, ya que el notario no es el asesor de ninguna de las

partes en particular, debe asesorar a todas las partes en sus derechos y obligaciones.

Lo anterior aun cuando fuere requerido por una sola de ellas, de lo contrario, habrá incumplido uno de los deberes inherentes a su cargo, para el faccionamiento de un instrumento público.

En la mayoría de los casos, la función se cumple normalmente, formando parte de la justicia cautelar del Estado, que pretende en general el bien común y convivencia social. Se fundamenta en la legitimación del orden jurídico, más que en la legalidad del mismo; en el segundo caso el cumplimiento de la ley se da en el nivel de las conductas por una de las dos vías establecidas en la norma legal.

Se respeta el precepto imperativo mediante la actuación de la conducta ordenada por el legislador, o en caso contrario, se da mediante el cumplimiento de la sanción, por la infracción a la norma.

## **Actuar con eficacia y responsabilidad**

El notario es responsable de su actuación, y más aún en estos tiempos de falta de ética, de mala práctica profesional, y de competencia desleal. El notario debe estar capacitado, intelectual y moralmente, para ejercer eficazmente su función, sin generar resultados dañosos, tanto para los particulares como para él mismo, siendo allí donde descansa lo que se conoce como responsabilidad notarial o responsabilidad del notario.

Esta responsabilidad tiene su origen en el quebrantamiento de la confianza depositada por el cliente en el notario, por su actuar mal. La responsabilidad notarial en los instrumentos públicos puede ser porque exista falsedad u otros delitos conexos, haciendo constar situaciones de derecho y de hecho que en la realidad no existen, o aprovechándose de su función en beneficio propio o ajeno, siendo asimismo derivada, en algunos casos.

Por supuesto se entiende los supuestos o elementos en que recae el notario al autorizar actos o contratos, siendo éstos:

- a) Que haya violación de un deber legal, por acción u omisión del notario.
- b) Que haya culpa o negligencia de parte de éste.
- c) Que se cause un perjuicio.

Respecto a la responsabilidad civil tiene por finalidad reparar las consecuencias injustas de una conducta contraria a derecho; o bien reparar un daño causado sin culpa, pero que la ley pone a cargo del autor material de este daño.

Respecto a la responsabilidad penal, la misma se da cuando el notario en ejercicio de sus funciones comete un delito; ya que si llegara a cometer delito como una persona común, aunque cae en un campo penal, no se enmarcaría dentro de la responsabilidad notarial. Por tal circunstancia existen los delitos propios, o en los cuales puede incurrir el notario como profesional.

## **La falta de positividad y efectividad del contrato de promesa de compraventa**

Derivado de la investigación sobre el contrato de promesa de compraventa, se establece que en la actualidad, a nivel de personas particulares o jurídicas colectivas, este ha dejado de tener positividad y efectividad, toda vez que las personas que desean celebrar dicho contrato, encuentran los siguientes aspectos:

- a) Derivado de que desean obtener un documento que establezca la promesa de compraventa, el mismo no se celebra en escritura pública, sino en documento privado con firma legalizada. Por lo que el notario posiblemente intervenga en faccionar el acta de legalización de firmas, más no en el documento privado, que en muchas ocasiones es incluso un formulario.
  
- b) Si se faccionara una escritura pública, las partes le indican al notario que no cumpla con la obligación de su inscripción registral, no solo por los gastos registrales, sino porque en un momento determinado, dicho documento (al igual que el documento privado), solo probará la existencia de las



condiciones del contrato, el pago de arras, el anticipo dinerario otorgado, el valor futuro de la compraventa, pero no con las formalidades que establece el Código Civil.

- c) Al faccionar un documento privado, es un acuerdo de voluntad entre las partes, pero en ningún momento el notario dará fe de lo escrito en dicho documento, toda vez que si es requerida su intervención, será para legalizar la firma de los que hayan suscrito el documento.
  
- d) Cuando se otorga el contrato en escritura pública y no cumple con la obligación de inscripción, no puede surtir efectos contra terceros, además es evidente que servirá únicamente como un documento que probará los acuerdos al igual que el documento privado. En los mismos se plasman los montos reales del futuro contrato de compraventa, el cual si se hubiese inscrito (testimonio de la escritura pública), el contrato de compraventa, no se puede celebrar por un monto menor.
  
- e) En ocasiones no se respeta el plazo de dos años máximo para el cumplimiento de la obligación contractual, plasmando plazos mayores.

f) El testimonio está gravado con un impuesto de Q.50.00, no importando el valor plasmado en la escritura de promesa de compraventa; sin embargo, en el testimonio especial por lo general se debe cubrir el impuesto del timbre notarial, que generalmente será de Q.300.00 por el monto del valor del contrato. Lo anterior podría incluso tomarse como una doble tributación, en relación al impuesto del timbre notarial, porque se paga sobre el valor del contrato (generalmente Q.300.00, aun cuando no se haya entregado la cantidad dineraria que dice el contrato); sin embargo, al celebrar el contrato futuro por el valor que fue establecido en la promesa, deberá pagarse el impuesto del timbre notarial por valor de la compraventa.

Por lo que se considera que para resolver los problemas que representa actualmente el faccionamiento de un contrato de promesa de compraventa, así como en apoyo a los notarios, quienes en el ejercicio de su función notarial se ven afectados por la falta de positividad de las normas que regulan el contrato de promesa de compraventa, debe hacerse los siguientes cambios.

a) Que el Estado ordene como política pública de reordenamiento catastral y tributario, que los bienes inmuebles sean

reevaluados catastralmente, según su valor comercial, evitando con ello se utilicen valores diferentes en los contratos.

- b) Regular que el contrato de promesa de compraventa, solo surtirá efectos si se encuentra inscrito en el Registro General de la Propiedad, caso contrario, no podrá ejercerse ningún acuerdo plasmado en dicho contrato. Dejando de reconocer los documentos privados con firma legalizada de promesas de compraventa.
- c) Que tributariamente se equiparen los impuestos a cubrir en el testimonio y testimonio especial; al valor de Q.50.00 para ambos testimonios, no importando sus valores.
- d) Que los órganos jurisdiccionales no den trámite a las acciones judiciales que se deriven del incumplimiento de un contrato de promesa de compraventa, si no se cuenta con la razón de inscripción en el Registro General de la Propiedad.

## **Conclusiones**

La función modeladora y asesora del notario, al momento de faccionar un contrato de promesa de compraventa, resulta ineficaz, aun cuando es considerado un contrato preparatorio, porque en la actualidad los promitentes lo realizan en documento privado con firma legalizada.

Las normas que regulan los derechos derivados del contrato de promesa de compraventa dejan de tener positividad y efectividad, cuando los promitentes únicamente buscan garantizar entre ellos los convenios, pero sin afectar el valor de la futura compraventa, poniendo el valor real en la promesa, pero en el futuro celebrarán el contrato de compraventa por un monto menor.

Existe diferencia en los impuestos que gravan los testimonios del contrato de promesa de compraventa, ya que el testimonio conocido como primer testimonio, está grabado con un valor de cincuenta quetzales cancelados a través de timbres fiscales y el testimonio especial, según el valor estipulado en el contrato de promesa, aun cuando el monto no se haya entregado.

El Archivo General de Protocolos aplica el criterio del valor determinado en el testimonio especial del contrato de promesa de compraventa, sin tomar en cuenta que es el precio fijado para el contrato futuro y no el actual, por lo que es arbitraria la aplicación del pago del dos por millar del contrato futuro.

## Referencias

Alvarado, R. y Gracias, J. 2011. El Notario ante la Contratación Civil y Mercantil. Guatemala. Editorial Estudiantil Fenix.

Espin, D. 1975 Derecho Civil Español, España: editorial revista de derecho privado

Gracias, J. 2011. Derecho Notarial Guatemalteco. Introducción y Fundamentos. Editorial Estudiantil Fenix.

Muñoz, N. 2013. Introducción al estudio del Derecho Notarial. Guatemala. Infoconsult Editores.

Viteri, E. 2007. Los Contratos en el Derecho Civil Guatemalteco. (Parte Especial). Guatemala. Editorial Serviprensa S.A.

Viteri, E. 2002. Los Contratos en el Derecho Civil Guatemalteco. (Parte Especial). Guatemala. Instituto de Investigación Jurídicas, Universidad Rafael Landívar

Ossorio M. 1980. Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales. México. Editorial Porrúa

Gimenez, E. 1994. Derecho notarial. Argentina. Editorial Reus S.R.L.

## **Legislación**

Código de Notariado. Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Civil. Decreto Ley 106 del Presidente de la República de Guatemala