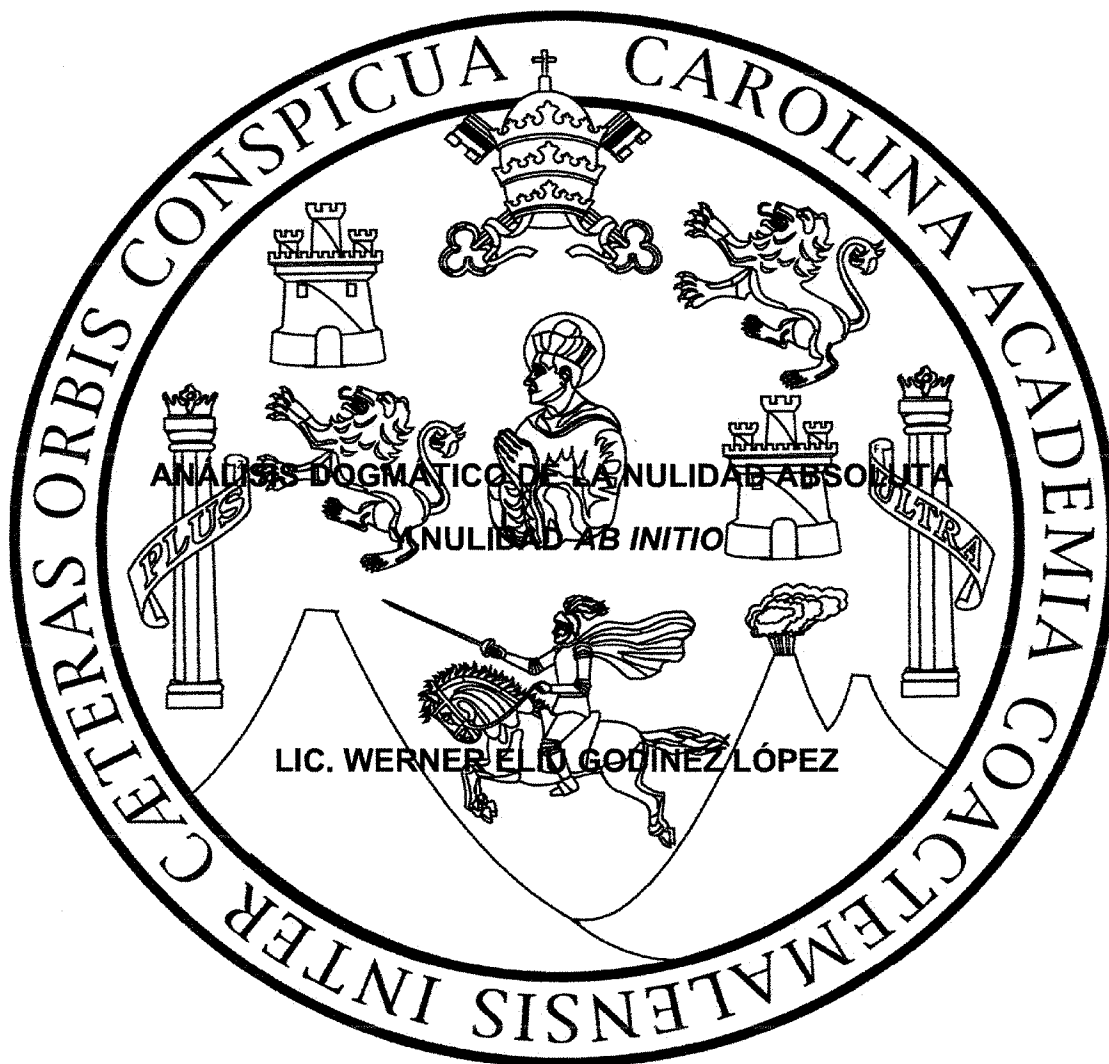


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

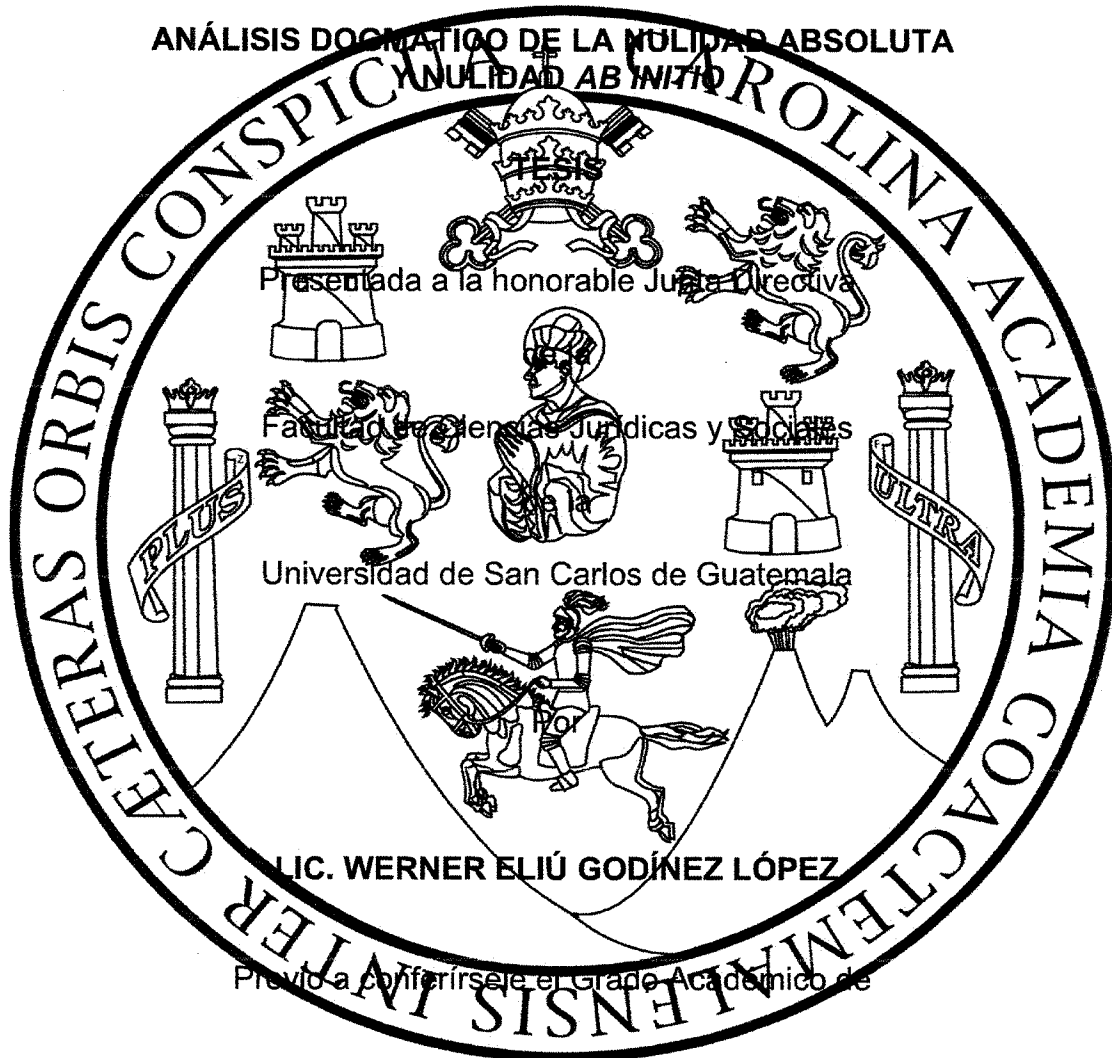


GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2020

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

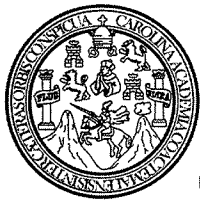
**ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL**

**ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA NULIDAD ABSOLUTA
Y NULIDAD AB INITIO**



**MAESTRO EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL
(Magister Scientiae)**

Guatemala, septiembre de 2020
HONORABLE JUNTA DIRECTIVA



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

TRIBUNAL EXAMINADOR

Dr. Saúl González Cabrera
Presidente

Dra. Mirza Eugenia Irungaray López
Vocal

MSc. Omar Manfredo Barrios Fortuny
Secretario

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

VOCAL I EN SUSTITUCIÓN DEL DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus
Rodríguez

DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios

VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz

VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA FACULTAD DE CC.JJ. Y SS. USAC

VOCAL I EN SUSTITUCIÓN DEL DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus
Rodríguez

VOCAL II: MSc. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: MSc. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIO: MSc. Luis Renato Pineda

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 29 de septiembre del dos mil veinte.-----

En vista de que el Lic. Werner Eliú Godínez López aprobó examen privado de tesis en la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil lo cual consta en el acta número 141-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD AB INITIO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Guatemala, 28 de septiembre de 2020

Doctor:

Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Posgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
-USAC-

Distinguido doctor Cáceres Rodríguez:

Con base en su solicitud expresa en la carta a mi persona con fecha veintitrés de septiembre de dos mil veinte, en donde se me pide dictamen gramatical; y, según los Artículos 7, 9 y 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Le informo que el licenciado: **WERNER ELIÚ GODÍNEZ LÓPEZ**, de la **Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de gramática, ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis, cuyo título final es: **ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD AB INITIO**.

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica, que llene las exigencias de la técnica jurídica y los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea, para el conocimiento.

Dicho trabajo, presenta las partes mínimas requeridas en el instrumento legal *supra* anotado, según lo establece la Escuela de Estudios de Posgrados. De esta forma, el sustentante, ha referido con el modelo de la Asociación Americana de Psicología –APA– en su séptima edición, las fuentes bibliográficas, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación.



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS

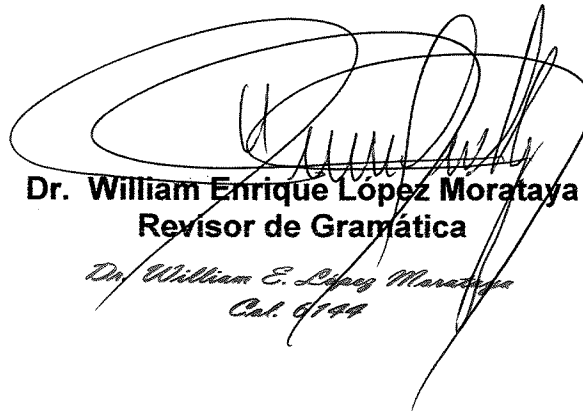
La metodología, técnicas y doctrinas que el estudiante y su parte asesora presentaron, fueron respetadas en su totalidad y ningún planteamiento fue conculcado para mantener el fundamento teórico original del documento presentado.

De esta manera se procedió con la revisión, exclusivamente en lo que corresponde a la gramática, ortografía, redacción y estilo, para comprobar que el cuerpo capitular contenga los requerimientos y extensión mínimos; con ello, se adecuó la diagramación pertinente y cotejaron las referencias del índice, los títulos y subtítulos, la parte conceptual introductoria, las conclusiones y recomendaciones, según los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Dr. William Enrique López Morataya
Revisor de Gramática
Dr. William E. López Morataya
Col. 6144

Guatemala, 22 de septiembre 2020.

Señor Director
Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Guatemala

Señor Director:

De conformidad con la designación que se me hiciera el 3 de octubre de 2019, para revisar el cumplimiento de las recomendaciones dadas por el Tribunal Examinador al Licenciado Werner Elio Godínez López, sustentante del examen privado de tesis correspondiente a la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil, realizado en esa fecha, me permito informar que el Profesional cumplió con todas las recomendaciones vertidas, por lo que se extiende la presente para que se pueda continuar con el trámite correspondiente.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para suscribirme de usted como su atento servidor.



MSc. Omar Manfredo Barrios Fortuny
Secretario Terna Examinadora

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

VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
(en sustitución del decano)

VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIO: M.S.c. Luis Renato Pineda

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSGRADOS

DECANO: Lcda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
(en sustitución del decano)

DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz

VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios

VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. Saúl González Cabrera

VOCAL: M. Sc. Mirza Eugenia Irungaray López

SECRETARIO: M. Sc. Omar Manfredo Barrios Fortuny

RAZÓN: «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Escuela de Estudios de Posgrado).

DEDICATORIA

A DIOS:

llamado Jehová de los Ejércitos, que de lo más vil me tomó. Hoy le doy la gloria a Él, porque ha abierto caminos donde no los hay, dador de la sabiduría, sin su misericordia nada fuere.

A MIS PADRES:

Elifas Eliu Godínez Godínez y Edilma Aurora López Reina, por ser las personas más lindas, pues fui tomado de sus lomos y entrañas, siendo ellos mi ejemplo de virtudes y conocimientos, están a mi lado incondicionalmente en todos los momentos de mi vida, los amo inmensamente por darme su apoyo incondicional en todo.

A MI ESPOSA:

Karla Gabriela Rodas Escot, una mujer maravillosa que en todo momento creyó en mí, siendo la mujer que sacrifico el calor de todas las noches por verme realizar mis ideales. Sin duda Dios la puso como mi ayuda idónea y quiero estar con ella todos los días de mi vida, siendo este crédito paga de su grande amor.

A MIS HIJOS:

Fernandito y Josecito, que son mi razón de ser, alegrado mis días en todo momento, sin ellos mi vida no sería la misma. Hoy la vida me permite darles un ejemplo más, pidiéndole a nuestro Dios me superen en todo.

A MIS HERMANOS:

Kathleen y Francis Godínez López, con mucho cariño, que este esfuerzo sirva de ejemplo para alcanzar sus metas académicas.

A MIS SUEGROS:

Abel Rodas y Hania Escot, por incentivar me a superarme y su apoyo incondicional. Con mucho respeto y cariño.

A MIS AMIGOS:

M. Sc. Manfredo H. González O., M. Sc. Damaris Y. Morales L. y Gonzalo A. Rodríguez Maldonado, que siendo mis jefes de judicatura me apoyaron incondicionalmente en mi carrera profesional.

A LA UNIVERSIDAD:

A mi querida y gloriosa Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, a la cual le debo lo que profesionalmente soy, especialmente a la Escuela de Estudios de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, en especial a la Dra. Brenda Alcántara, M. Sc. Omar Barrios Fortuny y Dr. Moises E. de León Díaz por su apoyo incondicional.



ÍNDICE

Pág.	
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico contractual	1
1.1. Acto jurídico	1
1.1.1. Definición	1
1.1.2. Clasificación de los actos jurídicos	3
1.1.3. Elementos esenciales de los actos jurídicos	4
1.1.4. Principios de interpretación de los actos jurídicos	7
1.2. El negocio jurídico	8
1.2.1. Origen del término negocio jurídico	8
1.2.2. Definición	10
1.2.3. Naturaleza jurídica del negocio jurídico	12
1.2.4. Estructura del negocio jurídico	15
1.2.5. Clases y formas de negocios jurídicos	16
1.2.6. Elementos del negocio jurídico	18
1.3. El negocio jurídico en el Código Civil de Guatemala	20
1.3.1. Formalidades del negocio jurídico	21
1.4. Vicios del consentimiento	25

CAPÍTULO II

2. Ineficacia del negocio jurídico contractual	33
2.1. Invalidez de los actos jurídicos	33
2.1.1. Inexistencia del contrato	33
2.2. El instrumento	37
2.2.1. Clases de documento	38
2.2.1.1. Instrumento privado	39
2.2.1.2. Instrumentos públicos	40
2.3. Clasificación de los documentos notariales	49



Pág.	
2.3.1. Originales y reproducciones	50
2.3.2. Protocolares y extra protocolares	50
2.4. Escritura pública	52
2.5. Acta de protocolación	54
2.6. Reproducción de los instrumentos públicos	56
2.7. La nulidad del instrumento público	57
2.7.1. Clases de nulidad	58
2.7.2. Incidencia de la nulidad instrumental o formal para el negocio	60
2.7.3. De la nulidad formal en el Código de Notariado	63
CAPÍTULO III	
3. Nulidades en el derecho civil	69
3.1. Nulidad material absoluta	73
3.2. Nulidad relativa	84
CAPÍTULO IV	
4. Nulidad <i>ab initio</i>	101
4.1. Nulidad <i>ab initio</i>	101
4.2. El principio <i>ab initio</i>	102
4.3. Las presunciones legales	109
4.4. Las nulidades de pleno derecho en Argentina	110
4.4.1. Los vicios jurídicos	110
4.5. Las nulidades jurídicas en Colombia	112
4.5.1. Nulidad sustancial	113
CAPÍTULO V	
5. Análisis crítico de las nulidades previstas en el ordenamiento civil y principio de nulidad <i>ab initio</i>	121
5.1. Nulidad absoluta y nulidad <i>ab initio</i>	121
5.2. Nulidad absoluta ante nulidad <i>ab initio</i> en derecho comparado	124



Pág.		
5.2.1. Las nulidades en Colombia	125	
5.2.2. Las nulidades en México	132	
5.2.3. Las nulidades en Chile	137	
5.3. Análisis crítico de legislación comparada nulidad absoluta y nulidad <i>ab initio</i> en América Latina	141	
	CONCLUSIONES	151
BIBLIOGRAFÍA	153	



INTRODUCCIÓN

Como parte del exordio de esta investigación, se debe acotar que el Estado de Guatemala está regido por la Constitución Política de la República de Guatemala, enmarcando normas supremas de cumplimiento obligatorio con el fin de alcanzar el bien común, auxiliada de normas escritas y de observancia imperativa, con el objeto de hacer valer derechos y obligaciones.

En este sentido, las garantías constitucionales hacen que el Estado de Guatemala vele por el cumplimiento estricto de la ley y que cada uno de los actos de las personas sean conforme a derecho, caso contrario, la misma norma prevé remedios procesales para corregir a anular determinados actos; en este sentido, al hacer referencia a las obligaciones y derechos, se han establecido en las normas comunes con el fin de cumplir con requisitos esenciales, por lo que se aborda en materia civil, con el fin de ajustar a los ciudadanos a los problemas que surgen al perfeccionar la voluntad de la persona que adquiere una obligación y ejerce un derecho.

En el ordenamiento civil se consideran diferentes nulidades; sin embargo, se han dado confusiones entre la nulidad de carácter material o sustantivo de las nulidades adjetivas o procesales, por lo que en Guatemala el Derecho evoluciona constantemente; el Estado, con el fin de garantizar la convivencia y el bien común de todos, es indispensable que cree, reforme y derogue inclusive normas tanto en el ramo civil, que es el que ocupa esta tesis, como el resto de ramos que complementan las garantías constitucionales.



En materia civil, se hace la consideración sobre las nulidades desde mil novecientos sesenta y tres; sin embargo, en el año dos mil diez surge la nulidad *ab initio*, como principio que se considera en la Ley de Extinción de Dominio, pues la nulidad absoluta se produce cuando le faltan al negocio jurídico alguno o todos sus elementos esenciales, por lo que el negocio no llegó realmente a formarse jurídicamente; habiéndose violado un mandato o prohibición previsto en la ley, pues el negocio sí llegó a formarse, pero no nació a la vida jurídica, por lo tanto, no va a producir ninguno de los efectos jurídicos que las partes buscaban.

En cuanto a la nulidad *ab initio* considerada como principio, relacionándola en la Ley de Extinción de Dominio, haciendo ver que es un instituto de derecho sustancial de naturaleza mixta, demostrando que es una consecuencia civil de las actividades ilícitas lo cual da lugar a que se extingan los bienes de la persona, indicando la semejanza con la nulidad absoluta que es prevista en el ordenamiento jurídico civil.

Es por ello que, surge esta propuesta de investigación sobre los rasgos diferenciadores que pudiesen atribuirse a la nulidad absoluta en un negocio jurídico y la nulidad *ab initio* contemplada legalmente en el marco de la extinción de dominio, y sus consecuencias prácticas o teóricas que se derivan a partir de ello.

Una vez especificada la problemática de este trabajo de tesis, se considera que esta debe ser estudiada en consecuencia a la hipótesis siguiente: «los rasgos diferenciadores que se atribuyen a la nulidad absoluta en un negocio jurídico son de carácter formal o procedimental en el ámbito de la jurisdicción civil, contrario al principio de la nulidad *ab initio* en el marco de la extinción



de dominio en la que se está ante una adquisición de bienes o la constitución de patrimonio de origen ilícito o delictivo que no se enmarca dentro de la jurisdicción civil o penal sino a un procedimiento específico y exclusivo propio de la Ley de Extinción de Dominio, lo que conlleva la confusión de dichas instituciones a nivel teórico y práctico por parte de los operadores de justicia y los abogados litigantes».

El objetivo principal del presente trabajo de investigación fue, establecer los rasgos diferenciadores de la nulidad absoluta de un negocio jurídico y el principio de nulidad *ab initio* propio de la extinción de dominio, así como sus consecuencias teóricas y prácticas.

El desarrollo temático consta de cinco capítulos: el primero se refiere al Negocio Jurídico Contractual, abordando temas referentes a la manifestación de la voluntad de las partes, bajo el cumplimiento de los requisitos sobre el perfeccionamiento de la voluntad de quienes participen en el mismo; el segundo capítulo se circunscribe la Ineficacia del Negocio Jurídico Contractual, a falta de los diferentes elementos del negocio jurídico y en ausencia de uno de ellos se considera ineficaz y el mismo no nace a la vida jurídica; en el tercer capítulo se incluyen temas sobre la nulidad *ab initio*, desarrollándola conforme sus antecedentes y de la forma que se legisló dentro del derecho guatemalteco con sus caracteres y demás especificaciones; y, en el cuarto capítulo, se hace referencia a las Nulidades en el Derecho Civil, tanto la nulidad absoluta como la nulidad relativa determinada en el derecho civil, siendo demostrando la ineficacia de un negocio jurídico; también se realizó un análisis crítico de las nulidades previstas en el ordenamiento civil y principio de nulidad *ab initio* conforme el derecho comparado y fallos jurisprudenciales con el fin de estimular el aporte con cada uno de los elementos requeridos en las nulidades estudiadas.



La investigación se realizó a nivel bibliográfico, consultando diferentes textos y artículos relacionados con el tema de las nulidades. Se consultó la legislación constitucional, ordinaria civil y ordinaria penal, como los fallos jurisprudenciales y doctrina, respectivamente.

Por su carácter teórico, los métodos utilizados fueron el analítico-sintético, que permitió descomponer en partes la información obtenida para comparar y generar inferencias acerca de la misma, para finalmente, describir las características generales a partir de las singulares, y el deductivo, que permitió transitar de lo general hacia las características singulares del tema objeto de estudio, manifestado en el desarrollo por capítulos del informe final.



CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico contractual

Partiendo de lo general a lo específico, en el presente capítulo se abordan temas importantes relacionados con el negocio jurídico contractual, entre ellos el acto jurídico, el negocio jurídico en general y el negocio jurídico desde la perspectiva del Código Civil vigente de Guatemala, lo que permitirá tener una panorámica general del tema objeto de estudio.

Conforme al Código civil, auxiliado por posiciones doctrinarias atinentes, se considera al acto jurídico como inicio del negocio jurídico, por la constitución de una o de más declaraciones de voluntad y cuyo efecto jurídico unilateral o bilateral tendrá un resultado, creando derechos, y, modificando o extinguiendo obligaciones, perfeccionándolo por medio de un contrato suscrito por las partes intervinientes. Al existir ausencia de uno de los requisitos indispensables en el referido acto jurídico, se puede dar lugar a que el negocio jurídico establecido no tenga validez, lo cual extinguirá cualquier obligación contraída por las partes contratantes, promoviendo los correspondientes efectos civiles y penales, según sea el caso.

1.1. Acto jurídico

1.1.1. Definición

En la doctrina civil se encuentran varias definiciones sobre el concepto. El acto jurídico es un término fundamental del derecho, su aplicación permite a las personas, de manera



voluntaria, comprometerse jurídicamente respecto a los derechos y obligaciones que se contraen, es decir, el acto jurídico permite la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones.

La palabra acto proviene del latín *actus* y se relaciona con la noción de acción. Un acto jurídico se caracteriza por ser realizado de forma consciente y voluntario, cuyo fin es establecer relaciones jurídicas que crean obligaciones, y, modifican y extinguen derechos.

La doctrina refiere que el acto jurídico es la:

Manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin indirecto consiste en engendrar, con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en beneficio de una o varias personas, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario, un efecto de derecho limitado, relativo a la formación, modificación o extinción de una relación jurídica. (Rodríguez Velásquez de Villatoro, 1992, p. 11)

El acto jurídico es la modificación del mundo exterior en la cual las consecuencias de derecho se generan precisamente por la voluntad humana. Lo que busca la persona coincide con los resultados o consecuencias jurídicas del acto, lo cual se perfecciona por medio de un contrato.

De esa cuenta, un acto jurídico es una manifestación de voluntad que tiene como objetivo generar consecuencias de derecho, reconocidas por el ordenamiento jurídico, considerando que son actos humanos voluntarios, lícitos, que tienen por fin inmediato producir efectos jurídicos, por medio de la manifestación de la voluntad que ocasiona efectos de derecho, los cuales consisten en la instauración, modificación o extinción de derechos y obligaciones.



1.1.2. Clasificación de los actos jurídicos

Después de definir lo que es un acto jurídico, es necesario considerar la clasificación conforme las circunstancias del negocio entre las partes, reconociendo catorce tipos:

- a. Unilaterales: se considera también unipersonal, porque solo se da la manifestación de voluntad proveniente de una sola persona,
- b. Bilaterales: considerado pluripersonal, pues la manifestación de voluntad se da entre dos o más personas,
- c. Formales: para la eficacia del acto jurídico se depende de las formalidades ordenadas por la ley específica,
- d. No formales: no son solemnes, o sea no se adecuan a una norma específica,
- e. Positivos: los presupuestos de la realización del acto considerados para sí,
- f. Negativos: presumen una omisión o abstención de alguna de los requisitos,
- g. Familiares: derechos y deberes de familia,
- h. Patrimoniales: son los actos de contenido económico,
- i. Gratuitos: la obligación está a cargo de una sola de las partes,
- j. Onerosos: son los que se distinguen porque la obligación es recíproca,
- k. Lícitos: son aquellos actos conforme a la ley, adecuados a la misma,
- l. Ilícitos: son aquellos actos que van en contra de la ley, no nacen a la vida jurídica, pero muchos los celebran, no obstante estar prohibidos,
- m. Culposos: son los constituidos por manifestaciones de voluntad o conductas compatibles con la ley, pero cuya ejecución descuidada, genera responsabilidades civiles de resarcimiento de daños y perjuicios,
- n. Dolosos: son los que el agente causa intencionalmente; son actos que transgreden a la ley.

(Contreras Ortiz, 2004, p. 185)



Un acto jurídico debe contar con ciertos elementos para que se reconozca su existencia y posteriormente, cumplir con determinados requisitos que le otorguen validez; por ello es necesario saber que hay una distinción entre los elementos de existencia y los requisitos de validez.

1.1.3. Elementos esenciales de los actos jurídicos

Para que un negocio jurídico sea perfecto, se consideran los siguientes elementos:

- a) **Sujetos:** personas que intervienen en la celebración del acto, aquellas de las que emana el acto. El sujeto debe ser capaz de hecho y debe tener capacidad específica para realizar ese acto, dividiéndose los sujetos en:
 - 1) **Partes:** son aquellas personas que celebran un acto jurídico en nombre propio. Las partes ejercen prerrogativa propia y deciden dar nacimiento, extinguir, modificar un derecho u obligación.
 - 2) **Otorgantes:** son aquellas personas que concurren a la celebración del acto, pueden o no ser partes.
 - 3) **Representantes:** son aquellas personas que concurren a nombre de otro a celebrar un acto jurídico, pero ejerciendo un derecho ajeno y en nombre del titular de ese derecho. Pueden ser legales, para dementes o menores y voluntario, cuando la parte elige una persona capaz para que la represente en un acto o una serie de actos.
 - 4) **Sucesores:** son aquellas personas a las cuales se le transmiten los derechos de otras personas.



Se debe recordar que una persona, al ser sujeto de un acto jurídico, debe ser capaz de derecho. La palabra capacidad, viene del latín *capacitas*, se define como “la aptitud legal que tiene el individuo para disfrutar y cumplir por sí mismo derechos y obligaciones” (Abbo, 2019); esta se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce, hace referencia a un aspecto genérico de la capacidad, se trata de disfrutar sus derechos, mientras que la capacidad de ejercicio es la aptitud para el cumplimiento de los derechos y obligaciones.

El Código Civil guatemalteco, en el Artículo 8 establece que, la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad y se consideran mayores de edad los que han cumplido dieciocho años, bajo la excepción de los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley.

a) Objeto del acto: según la legislación guatemalteca apoyada de la doctrina, se dice que el objeto es el hecho o la cosa sobre la cual recae el acto jurídico bajo las siguientes condiciones:

- 1) Que no sean imposibles.
- 2) Que no sean ilícitos o prohibidos por las leyes.
- 3) Que no sean contrarias a las buenas costumbres.
- 4) Que no se opongan a la libertad de acción o de conciencia.
- 5) Que no perjudiquen derechos de un tercero.



- b) Forma: se debe recordar que, según la legislación guatemalteca para la realización del acto jurídico, se requiere no solo la voluntad interna del sujeto, sino también que dicha voluntad se manifieste exteriormente por algún medio. Pues la forma es un elemento esencial del acto jurídico ya que por medio de ella el sujeto manifiesta exteriormente la voluntad, pues todo acto exige la forma que lo dé a conocer.
- c) Causa: es la finalidad abstracta que han tenido las partes al contratar y que en los contratos iguales es siempre la misma. (Rodríguez Velásquez de Villatoro, 1992, p. 154)

En este sentido se debe considerar que, en un acto jurídico, a falta de alguno de los elementos enunciados, se considera inexistente, esto quiere decir que no se produjeron las consecuencias jurídicas deseadas. Para todos los actos jurídicos que son inexistentes podrá invocarse su inexistencia por cualquier persona que tenga interés jurídico para que no surta sus efectos; el transcurso del tiempo no puede convalidar el acto inexistente, es decir, el tiempo no puede convertir un acto inexistente en un acto existente.

Cuando una persona mediante contrato vende a otra un objeto que no le pertenece, aunque transcurran varios años, el contrato de compra-venta como acto jurídico siempre será inexistente, ya que el objeto no pertenece a quien lo vendió y nadie puede disponer de lo que no le pertenece. Además, no podrá ser convalidado por ratificación, expresa o tácita; se debe recordar que en el derecho solo se puede ratificar un acto cuando está viciado, pero no cuando es la nada jurídica, o sea, no se puede ratificar lo que no existe.

1.1.4. Principios de interpretación de los actos jurídicos



Es necesario considerar los principios con los que se interpreta un acto jurídico, conforme la siguiente clasificación:

- a. Principio de la Intencionalidad: es conocido como la intención de los contratantes, se acudirá a las palabras empleadas por ellos, al alcance y sentido que a éstas dan en las actuaciones jurídicas.
- b. Principio de Especialidad: expresa que por generales que sean los términos del acto o contrato, solo se aplicará a la materia sobre que se ha contratado.
- c. Principio de la Efectividad: la manifestación de voluntad, la intención, en un acto determinado, debe producir efectos.
- d. Principio de Concordancia: la manifestación de la voluntad no puede simplificarse hasta el extremo de quitarle las circunstancias aledañas o adjuntas que, así en conjunto, forman el contexto.
- e. Principio de la favorabilidad: si en algún caso existiera ambigüedad se interpretará a favor del deudor. (Rodríguez Velásquez de Villatoro, 1992, p. 172)

No obstante, en el cumplimiento o ausencia de los principios, también se dan las siguientes circunstancias como efectos.

- a. Las obligaciones bilaterales o actos jurídicos bilaterales salvo que se pacte lo contrario son de cumplimiento simultáneo.
- b. La *compensatio in mora*, es decir, la compensación en mora, para que una parte incurra en mora, la otra tiene que haber cumplido con la prestación en tanto no se produzca esta situación no se incurre en mora.



c. Que la parte que cumple con la obligación puede pedir el cumplimiento forzoso de la obligación de la otra parte o el pago de daños y perjuicios.

1.2. El negocio jurídico

1.2.1. Origen del término negocio jurídico

Después de considerar lo que es un acto jurídico, siendo este el que hace que surja el negocio jurídico entre las partes, es necesario determinar el origen del término anteriormente referido.

El término negocio jurídico se debe a la doctrina alemana del siglo XIX, que fue un aporte de Savigny que utilizó como sinónimos los términos de declaración de voluntad y negocio jurídico, realizó un estudio detallado de la problemática del negocio jurídico, e introdujo el sistema de derecho romano actual, además de la categoría de persona jurídica.

Se tenían antecedentes del vocablo “*negotium*”, en los textos romanos y españoles, el cual era usado en varios sentidos, empleándose la frase “negocio jurídico” para un tipo especial de actos jurídicos, integrándose este término y figura básica a la dogmática del derecho privado, en la doctrina alemana austriaca y belga. El término es recogido por el Código Civil de Sajona en 1863, definiéndolo como: “un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige, de acuerdo con las leyes, a constituir, extinguir o cambiar una relación jurídica”. (Aguilar Guerra, 2008, p. 36)



Un acto es la manifestación de la capacidad natural de la persona de introducir cambios mediante actos de voluntad. El concepto de negocio jurídico, constituido sobre una voluntad para producir efectos jurídicos, satisface la igualdad formal del derecho. Los romanos fueron los primeros maestros en la interpretación, en determinar cuál era la “*lex specialis*” del caso concreto, el “*ius*”. Esa interpretación se dio tanto respecto de la ley, como el edicto y los actos jurídicos, para determinar el sentido y el alcance.

El concepto sobre la manifestación de la voluntad se determina dentro de la concepción voluntarista o antropológica, el concepto de la autoreglamentación de intereses que es la concepción declaracionista o preceptiva; el concepto del ordenamiento privado autónomo que es conocido dentro de la concepción institucional; el concepto de la norma jurídica privada que es la concepción normativa; el concepto del acto vinculante de privada reglamentación de intereses, siendo la concepción axiológica, el concepto de la declaración de vigencia que es la concepción de la validez; el concepto de un sistema móvil o combinatorio que es la concepción combinatoria; el concepto de un acto programático reconocido como concepción programática; el concepto de un acto performativo determinado dentro de la concepción comunicativa; el concepto de un acto complejo de dos libertades dentro de la concepción de las libertades y el concepto de punto de conexión dentro de la concepción ecléctica.

Con cada una de estas concepciones se ha afirmado que “el problema del negocio jurídico sigue siendo, lo que ha trascendido como problema de la voluntad y el nexo de ésta, con los efectos jurídicos”. (León, 2005, p. 117)



1.2.2. Definición

Existen diversas definiciones de negocio jurídico, sin embargo, la voluntad es omitida por la doctrina ulterior como el segundo presupuesto del negocio jurídico. Por el contrario, se agregan otros conceptos para definir y estudiar al negocio jurídico como el interés.

El primer concepto de negocio jurídico es entendido como declaración de voluntad dirigida a crear, regular, modificar o extinguir las relaciones jurídicas. “la base de toda la declaración de voluntad es la existencia de voluntad” (Villarreal, 2012, p. 172). Este concepto tuvo indudablemente un fundamento ético-filosófico iusnaturalista y kantiano. Kant describió “la estructura del consentimiento contractual como transferencia de un derecho a otra parte, fundado sobre la voluntad común y simultánea de los contratantes”. (Robles Farias, 2018, p. 83)

En este sentido lo refiere la doctrina, pues el problema no existía respecto de los negocios formales en los que la declaración de voluntad debía hacerse con determinada solemnidad; verificar y observar la forma del negocio. Pero con la aparición y desarrollo de los negocios no formales, se incrementó la necesidad de interpretar el negocio para encontrar el verdadero sentido de la voluntad declarada. Sobre esto no existieron reglas fijas y la labor interpretativa y se dudaba entre dar prioridad a las palabras (verbal) o a la intención (voluntad), con una interpretación literal o subjetiva, respectivamente. Por tanto, serán importantes las palabras empleadas, pero el elemento decisivo será la voluntad; la interpretación objetiva deberá ser complementada decisivamente por la subjetiva.



En el derecho justinianeo, parece predominar la valoración sobre la voluntad de las partes en todo tipo de negocio, se aplica preferentemente una interpretación subjetiva o individual. En Francia tardaron en adoptar el término de negocio jurídico, al igual que en Italia existieron dudas acerca de la utilización de este término.

El negocio jurídico, es la potencia creadora y constituye una de las cuestiones primarias del Derecho Civil, la cual coincide con la norma jurídica, las personas y las cosas, que integran lo que los tratadistas denominan parte general de esta rama jurídica. (Puig, 1996, p. 123)

En este sentido, se determina que el negocio jurídico no ha sido considerado de una manera sustantiva a través de la progresión científica de la doctrina, por lo que la verdadera configuración jurídica de la tesis del negocio jurídico viene del movimiento de los pandectistas alemanes y de ellos se extendió rápidamente a las escuelas italianas y francesas. (Puig, 1996, p. 590)

En el Código Civil con Exposición de Motivos, refiere que distintos países utilizaban el término de acto jurídico y negocio jurídico, indica que modernamente es utilizado negocio jurídico: “acto jurídico significa la operación jurídica como el escrito o instrumento destinado a constatarla” (Salazar O. Federico, 1965, p. 96). En este sentido, se indica que en el Código Civil guatemalteco, en el Libro V, denominado del derecho de obligaciones en el Título I, denominado Del negocio jurídico, emplea el término, iniciando con el Artículo 1251, que indica los requisitos que el negocio jurídico requiere para su validez, siendo en base a la teoría pandectista.

1.2.3. Naturaleza jurídica del negocio jurídico



En cuanto a referir el origen, es necesario determinar su naturaleza haciendo las consideraciones sobre las corrientes para analizar las obligaciones que genera el negocio jurídico, según la doctrina refiere las siguientes corrientes en el contexto civil guatemalteco:

- a. Subjetiva: la obligación es un derecho personal y no real,
- b. Objetiva: se refiere al patrimonio material, ya que la obligación estará en un título que en caso de incumplimiento ejecutará el patrimonio del acreedor,
- c. Intermedia: los romanos distinguían dos términos: la deuda y responsabilidad. (Orellana Donis, 2007, p. 74)

Se puede hacer referencia a tres teorías doctrinarias, que hablan acerca de la naturaleza jurídica del negocio jurídico:

- a) Teoría de la voluntad

La formulación de la teoría según el sistema de Savigny es sencilla: la voluntad es el elemento primordial del negocio jurídico, ya que el derecho proporciona las consecuencias jurídicas del querer del individuo en el orden social. Esta teoría afirma que lo esencial, es la voluntad interna, de ahí el conflicto entre la voluntad y la declaración, sobresale el primer elemento. Por lo que el sustentante considera que esta es la que se manifiesta con establecer la voluntad en el negocio jurídico, la voluntad expresa de las partes que intervienen.

- b) Teoría de la declaración



Siendo una de las primeras teorías dentro del negocio jurídico, considerada, nació por obra de los juristas alemanes de mediados del siglo XIX, quienes la denominaron *Erklärungstheorie*; dominó a fines del siglo pasado y principios del presente, es una teoría objetiva que considera a la declaración como el único elemento necesario para la creación, interpretación y efectos del acto jurídico. “La declaración produce efectos jurídicos independientes del querer interno del agente, porque así lo exige la buena fe, y la facilidad y seguridad en las transacciones.” (Torres Vásquez, 2008, p. 63)

La mala fe o culpa del declarante no puede perjudicar al destinatario de la declaración, tal como lo refiere es el momento exacto en que la voluntad de una de las partes produce el efecto, que es la declaración de la voluntad, con el fin nazca a la vida jurídica ese negocio.

c) Teoría de la voluntad

De estas teorías surge una nueva que defiende lo característico de la declaración ya que origina un deber ser, establece aquello que será válido, creándose una norma concreta para los particulares, la cual regula las relaciones entre los particulares. (Orellana Donis, 2007, p. 77) En este proceso, la categoría del negocio jurídico se introduce con la función de reconducir las desigualdades formales, introducidas por la codificación a un principio de igualdad.

Siendo así que el negocio jurídico es un acto jurídico, constituido por la declaración de voluntad privada o puede estar compuesto por más declaraciones de voluntad y otros elementos, acto que es tutelado por el derecho reconociéndolo como base para la producción de efectos que el mismo



derecho ordena para que tengan lugar en congruencia con lo deseado. (Orellana Donis, 2007, p. 132).

Indicando también que el negocio jurídico es

(...) declaración de voluntad creadora de efectos jurídicos, que es el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros, y al que el derecho enlaza los efectos más conformes con la función económico social que caracteriza su tipo. (Aguilar Guerra, 2008, p. 52)

Del análisis de ambos conceptos, se puede decir que el negocio jurídico es un acto de autonomía privada, acto de autorregulación de intereses privados, el cual tiene naturaleza preceptiva, manifestándose a través de la declaración o de un comportamiento.

Para el tratadista Nery Muñoz, el negocio jurídico es una acepción bien simple, es una declaración de voluntades que crea efectos jurídicos entre los que intervienen, en la legislación civil guatemalteca, indica que el libro V, en su primera parte, Título I, denominado “Del negocio jurídico”, regula en el Artículo 1251 que el negocio jurídico requiere para su validez de tres elementos:

- a. Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad;
- b. Consentimiento que no adolezca de vicio y
- c. Objeto lícito. (Muñoz, 2009, p. 3)

Los tres elementos considerados para la validez del negocio jurídico son: capacidad legal, consentimiento y objeto lícito, son los tres principales que deben ser considerados como la esencia del negocio jurídico desde el punto de vista social como técnico-jurídico, es



la voluntad humana exteriorizada o declarada. El negocio jurídico es un acto jurídico de declaración de voluntad cuyo fin es la consecución de un fin práctico, efecto que se produce como consecuencia de la expresión de voluntad y bajo la tutela del ordenamiento jurídico. De esta definición se consideran fundamentales los siguientes elementos constitutivos:

- a. La voluntad.
- b. La exteriorización de esa voluntad.
- c. La determinación de las consecuencias.

Es de saber que la legislación guatemalteca civil refiere que los negocios jurídicos son los actos lícitos, voluntarios, conscientes y libres, constituidos por una o más declaraciones de voluntad, dirigidas de manera deliberada y específica a: crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones, concretándose así un negocio jurídico perfecto.

1.2.4. Estructura del negocio jurídico

Es necesario considerar la estructura del negocio jurídico para establecer los elementos constitutivos, que son la forma y el contenido del mismo. La forma es el modo de cómo es el negocio jurídico, es decir, cómo se presenta frente a los demás en la vida de relación: su figura exterior.

El contenido es lo que el negocio es intrínsecamente considerado, un supuesto de hecho interior, que representa conjuntamente, fórmula e idea, palabra y significado; “que son términos analizados a través de la interpretación que se le da al mismo negocio”. (Flores Arana, 2019, p. 10)



Las características del negocio jurídico son las siguientes:

- a. Es un acto jurídico, una conducta humana,
- b. Ese acto consiste en una declaración o varias declaraciones de voluntad,
- c. La declaración de voluntad está encaminada a producir un efecto jurídico,
- d. Ese efecto está reconocido por la ley y por el Derecho. (Orellana Donis, 2007, p. 133)

En este sentido el acto jurídico declara la voluntad al contraer una obligación, lo cual tendrá una consecuencia jurídica, que por lo regular va plasmada en un contrato, mismo que en su momento deberá ser eficaz, lo cual generará otras obligaciones, mismas que serán objeto de reclamo si no se cumplierse con el objeto del mismo o ante la falta de uno de sus elementos.

1.2.5. Clases y formas de negocios jurídicos

Habiendo considerado el origen del negocio jurídico, así como sus principios y las diferentes teorías, necesario es determinar que la forma de darse, conforme el requerimiento de una de las partes que conformaran el mismo, sin embargo, cada una de esas partes estará consiente que contrae una determinada obligación, a falta de ella se considerara un contrato que adolezca de lo esencial, que es recalable a la forma que se dio.

En este sentido, se determina que la primera forma del negocio jurídico es la unilateral, misma que se constituye en una declaración de voluntad entre vivos.



Con esta clase de negocios se trata de que una persona, por sí sola pueda constituirse en deudora, sin que en el momento en que nace la obligación otra persona haya aceptado la calidad de acreedora. Son conocidos como declaración unilateral de voluntad, por ello es que el deudor queda obligado desde el momento mismo que declara la voluntad independientemente de quien vaya a ser su acreedor.

La segunda forma del negocio jurídico es la bilateral y se da cuando lo constituyen dos o más declaraciones de voluntad dando nacimiento al negocio jurídico se tiene como máxima expresión el contrato.

- a. Recepticios: cuando celebrados por uno tienen por destinatario a otro.
- b. No Recepticios: cuando no van dirigidos a ninguna persona, sino que interesan únicamente a quien los celebra.
- c. Personales: para celebrarlo se toma en cuenta la calidad, profesión, oficio o arte del otro contratante.
- d. Patrimoniales: además del consentimiento, precisan la entrega de la cosa por una de las partes a la otra.
- e. De disposición: los que tienen por objeto el uso o el goce.
- f. De atribución: los que tienen por objeto la prestación de servicios.
- g. Traslativos: los que transmiten el dominio.
- h. Entre vivos o por motivo de muerte: dentro de una de las características es la de Mortis causa, por ejemplo, el matrimonio en Artículo de muerte, según el Artículo 105 Código Civil, en caso de enfermedad grave de uno de ambos contrayentes, podrá ser autorizado el matrimonio sin observarse las formalidades establecidas, siempre que no exista ningún



impedimento ostensible y evidente que haga ilegal el acto y que conste claramente el consentimiento de los contrayentes enfermos.

i. Conmutativos y aleatorios: Esta clasificación hace referencia a los negocios onerosos, siendo estos:

- 1) Onerosos conmutativos: se dan cuando la prestación que se deben las partes, son ciertas de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que este les cause.
- 2) Onerosos aleatorios: cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que determina la ganancia o pérdida desde el momento en que el acontecimiento se realice.

j. Causales y abstractos:

- 1) Causales: contienen no solo la nuda promesa de una prestación sino también el convenio relativo a la intención jurídica con la que se da y se recibe la promesa.
- 2) Abstractos: son los que excluyen del contenido de la declaración de voluntad todo lo referente a las relaciones causales.

k. Gratuitos y onerosos:

- 1) Gratuitos: son aquellas en que el provecho es solamente para una de las partes.
- 2) Oneroso: es en el que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.

1.2.6. Elementos del negocio jurídico

Estos se clasifican en:

- a. Esenciales: son los elementos indispensables para que exista el negocio jurídico.
- b. Naturales: son los elementos nacidos de la índole del contrato.



- c. Accidentales: son los elementos que nacen estrictamente de la voluntad de los particulares y que, si no convienen, no afectan al contrato.

Respecto a los elementos esenciales, entre estos figuran:

- a. Capacidad: aptitud para realizar actos, contraer obligaciones, y tener derechos.
- b. Consentimiento o voluntad: cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por otros signos inequívocos con referencia a determinados objetos el querer. Esto se puede traducir a lo que se llama consentimiento, que es la declaración de voluntad que a través de las negociaciones llegan a un acuerdo en virtud del cual se extingüía, modificaba y regulaba una relación jurídica.

Se debe indicar que es el acuerdo de voluntades, la conciencia de querer aceptar un derecho o una obligación, para que exista como base y se haga constar en el negocio jurídico.

Dentro de sus elementos se puede mencionar:

- 1) Dos o más declaraciones de voluntad.
- 2) Expresados en forma consciente y libre.
- 3) Que impliquen acuerdo pleno, total.
- 4) Sin vicios que lo invaliden (amenaza, no consiente).
- 5) Que exista coincidencia entre la voluntad real y la voluntad declarada.

c. Objeto: debe cumplir con ciertos requisitos, los cuales son:

- 1) Que no sea contrario a la ley.



- 2) Que sea posible.
 - 3) Que no sea contrario a las buenas costumbres.
 - 4) Que no sea contrario a la moral.
- d. Causa: es la razón justificativa de la eficacia jurídica de un acto, determinativa de la protección que la ley le concede al tutelar, para sancionar los derechos y deberes que se derivan del negocio.

1.3. El negocio jurídico en el Código Civil de Guatemala

Se ha considerado en el negocio jurídico desde la perspectiva de la doctrina, sin embargo, es necesario considerarlo desde el ordenamiento civil vigente, tomando en cuenta que se encuentra en todas las relaciones, actos que se realiza como guatemaltecos, por el hecho de ser una declaración de voluntad, que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o eliminar derechos.

La noción de negocio jurídico aparece contenida en el Código Civil guatemalteco, debido a la influencia de la doctrina alemana, configurándose a partir de la existencia de instituciones que aparecen en el ordenamiento jurídico, es así como se destaca que el negocio jurídico exige la presencia de una declaración de voluntad que se exterioriza y que se dirige a ordenar unas determinadas relaciones, para la constitución de las obligaciones, o ya sea para modificar o extinguir las existentes.

Sin embargo, el Código Civil no ofrece una definición concreta si no que en el Artículo 1251, establece los requisitos de validez: el negocio jurídico requiere para su validez, es



decir, capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.

1.3.1. Formalidades del negocio jurídico

- a) Que la voluntad exista.
- b) Que no haya defectos que vicien o distorsionen la voluntad: la voluntad se encuentra viciada en los casos de dolo, error y violencia; y se distorsiona en caso de simulación.
- c) Licitud en el objeto, que la materia del negocio sea conforme a la ley.
- d) Licitud en la causa.

Las limitaciones que establece el Código Civil, para la celebración del negocio jurídico son:

- a) Cuando falte totalmente la capacidad del sujeto que declaran su voluntad.
- b) Cuando el objeto del negocio jurídico fuere contrario al orden público o a las normas prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia.

“Los negocios jurídicos son las declaraciones de voluntad, unilaterales o bilaterales, lícitas conscientes y libres, que crean, modifican, transmiten o extinguen obligaciones” (Contreras Ortiz, 2004, p. 189).

El negocio jurídico debe reunir los requisitos esenciales para que sea eficaz y surta los efectos jurídicos. En el Código Civil, en la exposición de motivos, se indica:



La falta de alguno de los elementos que integren el negocio jurídico ocasiona su inexistencia o nulidad absoluta; pero los vicios del consentimiento únicamente dan lugar a su nulidad relativa, la cual puede desaparecer y quedar válido aquél si la parte interesada no demanda la nulidad dentro del término de la prescripción.

Desde la doctrina deben considerarse los presupuestos del negocio jurídico y son todos aquellos requisitos de validez, que el ordenamiento jurídico establece para que determinados actos jurídicos que tienen la calidad de negocios jurídicos, puedan nacer a la vida jurídica, sin estos sería imposible que un acto sea válido.

Existe una misma teoría en general acerca de estos presupuestos, los siguientes:

a) Capacidad de la parte, que se refiere a la capacidad material de obrar; legitimación de la parte, depende de una particular relación del sujeto con el objeto del negocio, y la idoneidad del objeto del negocio, entendida como la aptitud de intereses sobre los que el negocio vierte para recibir el orden o reglamentación práctica que aquél se propone. Con relación a lo establecido por la legislación guatemalteca, conviene hacer una explicación acerca de los presupuestos regulados.

1) Capacidad legal; que es aquella aptitud, que la propia ley le da a todas las personas para poder ejercer derechos y cumplir obligaciones por sí mismo, lo cual se encuentra en el Artículo 8 del Código Civil, Decreto-Ley 106, el cual establece:

Capacidad: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley”.



2) Consentimiento; que no adolezca de vicio, es el presupuesto más importante en el negocio jurídico, la declaración de voluntad que haga la persona debe ser libre y espontánea sin que medien aquellas circunstancias en la que la ley establece que existen vicios en la declaración de voluntad.

Para considerar el consentimiento pueden distinguirse tres fases:

- a) La voluntad interna e individual de cada contratante, su querer y el propósito que le inspira,
- b) La declaración que emite cada sujeto dando a conocer su voluntad a los demás,
- c) La voluntad o intención común, el punto en que las voluntades manifestadas coinciden. (Orellana Donis, 2007, p. 63)

Se debe entender que las voluntades no se manifiestan simultáneamente, si no que una de las partes dirige a otra una oferta, para aceptarla o rechazarla, si la acepta el consentimiento es perfecto y queda formado.

3) Objeto lícito; al momento en que una persona capaz y que libremente manifieste su voluntad, es requisito que la negociación que se lleve a cabo sea lícita, se entiende que no pueden negociarse mercancías que no son permitidas por la ley, también se entiende que podría negociarse algo que pueda ser determinable o por lo menos posible. El objeto de las obligaciones no es más que el comportamiento o la prestación debida por una parte del contrato a la otra parte.



Para que ese objeto no perturbe la validez de los negocios jurídicos debe ser posible físicamente, es decir, no puede ir en contra de las leyes de la naturaleza, además debe estar determinado y debe ser lícito. En caso de no ser posible físicamente o de no estar determinado, lo que se tendrá es una indeterminación del objeto que generará la inexistencia del negocio. Un objeto es ilícito cuando es una contravención del derecho público y de la nación.

En conclusión, el objeto del negocio jurídico debe ser lícito y crear, modificar, regular o extinguir obligaciones, y el objeto de las prestaciones que se obligan deben ser posibles física y jurídicamente, es decir que la obligación de dar, hacer o no hacer deben ser posibles, así como el objeto de ellas: bienes, servicios o abstenciones.

Con base en lo relacionado sobre el negocio jurídico se hace referencia que:

- a) Es un acto jurídico, que es el género próximo del negocio jurídico.
- b) Que ese acto esté integrado por una o varias declaraciones de voluntad privadas.
- c) Lo cual supone que la voluntad tiene que estar declarada, la voluntad no tendría valor si no se exterioriza con una declaración, pues puede ser única o múltiple; y a su vez privada, en este sentido se provocan consecuencias jurídicas. El efecto jurídico deberá estar reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico llenando los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico guatemalteco en sus Artículos 1251, 1574, 1790, 703, 1256, 1279, 1521, 1796 del Decreto ley 106.

Aquí es donde debe ser escrupulosa cada una de las partes que formen un negocio jurídico, toda vez que la capacidad es la aptitud para realizar actos, contraer obligaciones, y tener derechos, exigiendo que exista un consentimiento o voluntad, o sea que se manifiesta



verbalmente, por escrito o por otros signos inequívocos con referencia a determinados objetos el querer, dándose el acuerdo de voluntades, la conciencia de querer aceptar un derecho o una obligación, para que exista como base y se haga constar en el negocio jurídico, considerando sus elementos.

El objeto del negocio jurídico, debe cumplir con ciertos requisitos, los cuales son:

- a) Que no sea contrario a la ley, que sea posible, que no sea contrario a las buenas costumbres, ni contrario a la moral.
- b) Debe determinarse la causa, que no es más que la razón justificativa de la eficacia jurídica de un acto, determinativo de la protección que la ley, concedida al tutelar, para sancionar los derechos y deberes que se derivan del negocio.

1.4. Vicios del consentimiento

Después de haber considerado los elementos del negocio jurídico es necesario considerar la ausencia de ellos, por lo que, en los actos o contratos, todo hecho o actitud que restrinja o anule la libertad y el consentimiento con que deba formarse una declaración o con los cuales deba procederse, es llamado vicio del consentimiento.

Se hace necesario estudiar acerca de los vicios de los que puede adolecer un negocio jurídico cuando no cumple con los requisitos o elementos esenciales, pues es necesario que el consentimiento se emita racional y conscientemente sin que exista vicio alguno. Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco se señalan tres vicios existentes en la declaración de voluntad.



El primero de ellos referido en el Artículo número 1257 del Código Civil, regula lo siguiente: “Es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia. La nulidad no puede pedirla o demandarla la parte que hubiere causado el vicio”. Este Artículo refiere que la anulabilidad en el negocio jurídico surge cuando la declaración de voluntad sea proveniente de error, de dolo, de simulación y de violencia, además también determina que la nulidad no puede ser demandada por la parte que sea la responsable de haber ocasionado el vicio. Es de importancia el estudio y análisis de los vicios del perfeccionamiento del negocio jurídico contractual, siendo los siguientes:

a. Error

El error consiste en el consentimiento equivocado que se tiene de una cosa, ya sea por encontrarse incompleto o por su inexactitud. También, implica un defecto de conocimiento del auténtico estado de las cosas y por ello se vicia la declaración de voluntad. (Castán Tobeñas, 1982, p. 17)

Es el conocimiento equivocado de una cosa, puede llegarse a querer lo que no se conoce, pues consiste en creer cierto lo que es falso y falso lo que es cierto; para que este pueda considerarse como vicio del consentimiento y originar la nulidad del contrato, debe recaer sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan. (Ossorio, 1981, p. 782)

Siendo que el error no es más que la equivocación, atribuible a sí mismo, que sufre uno de los contratantes, o ambos, se divide en:



- 1) Esencial
 - a) *Error in negotio*: recae sobre la naturaleza o causa del contrato.
 - b) *Error in corpore*: que afecta la identidad de la cosa.
 - c) *Error in substancia*: recae en la sustancia o cualidades de la cosa.
 - d) *Error in persona*: que afecta a la identidad o cualidad de la persona.

Refiere también el Artículo número 1258 del Código Civil guatemalteco:

El error es causa de nulidad cuando recae sobre la sustancia de la cosa que le sirve de objeto, o sobre cualquiera circunstancia que fuere la causa principal de la declaración de voluntad pues se determina que el error consiste en causa de nulidad, cuando el mismo recae sobre la sustancia de la cosa que le sirve de objeto, o bien sobre cualquier motivo.

El error impropio es el que recae en la declaración que provoca una divergencia entre la voluntad y su declaración. El error propio es aquel que recae sobre la voluntad y es un falso conocimiento influyente en la determinación interna de la voluntad que induce a querer una cosa que no se hubiere querido si se hubiere contado con un consentimiento exacto.

Concluyendo que el error propio, de vicio o de nulidad como también se le denomina, es el que recae sobre la voluntad, y consiste en un falso conocimiento que influye en la determinación interna de la voluntad e induce al agente a querer una cosa que no hubiere querido de haber contado con un conocimiento exacto, siendo este esencial y accidental, de conformidad a que sea referente o no a puntos o a elementos constitutivos del acto, dependiendo de su naturaleza abstracta o por el deseo concreto de las partes. El error sobre la persona solamente invalida el negocio jurídico contractual cuando la consideración a ella



consista en el motivo primordial del mismo, mientras que el error de cuenta solamente da lugar a su corrección.

b. Dolo

Es sinónimo de mala fe y consiste en el artificio del cual se sirve uno de los para engañar al otro, o sea es todo fraude que se encuentra encaminado a arrancar a otro el consentimiento derivado de un acto jurídico. Refiere el Artículo 1261 del Código Civil: “Dolo es toda sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguna de las partes”.

Siendo el dolo cualquier artificio o sugestión utilizada para la inducción o el mantenimiento en el mismo de alguna de las partes del negocio jurídico contractual, el dolo de una de las partes, así como también el proveniente de un tercero, es productor de la nulidad si ello ha sido la causa determinante de la existencia del negocio jurídico.

Además, la omisión dolosa es productora de los mismos efectos que la acción dolosa, siendo el dolo causante de la determinación de la voluntad de manera que, sin el mismo, el negocio jurídico contractual no puede llegar a ser realizado. El dolo incidental es aquel que señala que, a pesar de la verificación previa del negocio jurídico, de todas formas, es sin la concurrencia de diversas condiciones necesarias para su celebración.

c. Simulación



Dentro de la legislación guatemalteca se ha considerado también la simulación por lo que se considera que es:

(...) declaración del contenido de la voluntad real, la cual es emitida de forma consciente y de conformidad entre las partes, para que mediante engaños, sea producida la apariencia de un negocio jurídico que no existe o que difiere de aquel que se ha llevado a cabo. (Castán Tobeñas, 1982, p. 19)

En este sentido consiste en la declaración del contenido de la voluntad real, y que se emite de manera consciente y de acuerdo con lo que establezcan las partes, para que, a través de engaños, se produzca la apariencia de un negocio jurídico no existente. El Artículo número 1284 del Código Civil vigente regula lo siguiente:

La simulación tiene lugar:

- 1º. Cuando se encubre el carácter jurídico del negocio que se declara, dándose la apariencia de otro de distinta naturaleza;
- 2º. Cuando las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas; y Cuando se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, para mantener desconocidas a las verdaderamente interesadas.

Entonces la simulación tiene lugar al encubrir el carácter jurídico del negocio jurídico declarado, o confesar de forma falsa lo que realmente no ha ocurrido y al constituir o transmitir los derechos a personas interpuestas.



El Código Civil regula en el Artículo número 1285 que: “La simulación es absoluta cuando la declaración de voluntad nada tiene de real; y es relativa, cuando a un negocio jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter”. Dentro de la simulación se consideran dos clases, siendo las mismas la absoluta y la relativa.

La primera existe cuando no tiene nada de real la voluntad y la segunda, cuando un negocio jurídico contractual tiene una apariencia falsa. La simulación absoluta no es productora de ningún efecto jurídico y la relativa después de su demostración genera efectos del negocio jurídico encubierto, siempre que su objeto cuente con licitud. La acción de simulación cuenta con imprescriptibilidad entre las partes que simularon y para los terceros que resulten perjudicados con la simulación, esta no anula el negocio jurídico cuando no cuenta con un fin lícito, ni tampoco provoca perjuicio a ninguna persona.

En este sentido se entiende que, como no existe la voluntad de la provocación de no solamente el negocio que se encuentra contenido en la declaración, sino también de cualquier otro, entonces el acto es completamente nulo entre las partes, se relaciona con los terceros el negocio jurídico simulado tiene que ser considerado como existente, siempre que el tercero no tenga conocimiento de la simulación llevada a cabo, y si al mismo le interesa entonces puede atacar el contrato simulado llevando a cabo la solicitud de la declaración de existencia.

La simulación es relativa en la naturaleza del negocio jurídico cuando la misma tiene lugar en que las partes que encubren con su acto otro que es distinto, y que además es solicitado realmente por ellas. La diferencia entre el negocio jurídico simulado y el disimulado radica en que el primero es productor de la falta de creencia de un estado no real y el segundo oculta el conocimiento de un acto exterior. La voluntad real en la simulación



relativa es sobrepuesta a la simulada, de conformidad que el acto encubierto tiene validez y se anula por las partes en el negocio simulado, misma que es considerada como valedera y existente, de conformidad que no se puede invocar esta para la impugnación de la adquisición llevada a cabo por un tercero de buena fe.

d. Violencia

Necesario es mencionar que la violencia también se considera en el negocio jurídico y que es la que consiste en la coacción física que se lleva a cabo sobre un individuo para obligarlo a llevar a cabo o no un determinado negocio jurídico, y los efectos jurídicos son la producción de la nulidad absoluta del negocio siempre que se pruebe que ha existido. El consentimiento prestado por violencia o intimidación es ineficaz, como lo refiere el Artículo número 1265 del Código Civil:

La violencia o intimidación deben ser de tal naturaleza que causen impresión profunda en el ánimo de una persona razonable y 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. Si se trata de otras personas, el juez podrá declarar la nulidad según las circunstancias.

En este sentido, se determina que la violencia intimidación se da en contra de uno de los contratantes del negocio jurídico, el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o en sus bienes, o en la persona o en los bienes de su cónyuge, ascendente o descendente. Para que la misma anule la declaración de voluntad es necesario que se emplee contra uno de los contratantes la amenaza de un mal inminente o grave, susceptible por ende de ejercer determinada influencia sobre su ánimo, además que esa



amenaza determine su declaración de voluntad o, lo que es igual, que exista un nexo causal entre la intimidación y el consentimiento, y que la repetida amenaza sea determinante entre la declaración de voluntad y el influjo que pueda ejercer sobre esa voluntad para que revista un matiz antijurídico.

En el factor de violencia es de importancia tomar en cuenta la edad, el sexo, la condición de la persona y las demás circunstancias que tengan carácter influyente relativo a su gravedad de la amenaza del ejercicio de la regulación de un derecho y del temor reverencial, o sea, de desagradar a las personas a quienes se les debe respeto y sumisión. Si después de haber finalizado la violencia, el que la padeció ratifica su voluntad o no reclama su derecho dentro del término correspondiente a la prescripción, entonces el negocio jurídico adquiere toda su validez.

Como corolario del presente capítulo, el objetivo principal es el de propiciar un marco conceptual y jurídico del negocio jurídico, partiendo del acto jurídico, lo que permitirá al lector comprender de mejor forma la temática de la nulidad absoluta y la nulidad *ab initio*, en cuanto a sus rasgos diferenciadores y sus consecuencias teóricas y prácticas.

CAPÍTULO II

2. Ineficacia del negocio jurídico contractual



Para principiar con el análisis del tema concreto que se propone, es oportuno afirmar que en el negocio jurídico se presentan dos conceptos que pueden producir confusión: invalidez e ineficacia.

El negocio jurídico es ineficaz cuando carece totalmente de efectos o consecuencias que normalmente deberían haberse producido en virtud de la celebración del negocio. Por su parte, la ineficacia es una sanción que se impone como consecuencia de la infracción de los preceptos contenidos en la norma jurídica.

2.1. Invalidez de los actos jurídicos

Aclarado el asunto respecto del tema de la invalidez, de la que sus principales exponentes: Laurent, Boudry, Lacantinerie, Aubry y Rau, Colin y Capitant y Planiol, establecen que existen grados de invalidez de los actos jurídicos: inexistencia del contrato, nulidad absoluta, nulidad relativa.

2.1.1. Inexistencia del contrato

Para considerar la inexistencia del contrato, es necesario considerar por qué este lo es, no obstante puede haber voluntad de las partes con el fin de perfeccionar el negocio jurídico, pues se define; “la carencia de efectos normales en un negocio jurídico. Algunos tratadistas opinan que es un concepto indeterminado del derecho civil, tiene como sinónimos los vocablos inexistencia, invalidez”. (Ossorio, 1981, p. 377)



Se considera que si la inexistencia e invalidez del contrato se da por la ineficacia, entonces esta debe definirse como “ausencia de los efectos del contrato acordes con lo querido por los contratantes”. (Delgado Echeverría, 2005, p. 15)

Es necesario mencionar que entre ineficacia e invalidez en el negocio jurídico tienen ciertas diferencias ya que radica en que la ineficacia, en sentido amplio, abarca todos los casos en que un negocio jurídico no produce los efectos deseados y comprenderá también la invalidez y en sentido estricto, se entiende que los negocios jurídicos, aunque reúnan los requisitos exigidos por la ley, no producen efectos jurídicos por cualquier otra razón; la invalidez del negocio jurídico se da cuando alguno de los elementos esenciales falta o contiene un vicio.

Mencionando otra distinción que consiste en la invalidez del contrato y depende de las siguientes causas: por la adecuación del mismo, por la formación, por el contenido y por las normas que lo regulan.

Si no cumple con ellas o las contradice, puede ser inválido por lo que carece de fuerza vinculante para las partes, y pueden ser ineficaces por diversas causas originarias o sobrevenidas, deseadas o no por los contratantes, en este sentido la ineficacia será el supuesto más grave de la nulidad, siendo conocida esta como nulidad de pleno derecho. Dentro de lo mencionado en la doctrina española hay autores prestigiosos que utilizan indistintamente los conceptos de ineficacia y de invalidez de los contratos, que identifican ambos conceptos o que consideran irrelevante la distinción. Sin embargo, se piensa que la distinción entre ineficacia e invalidez de los contratos es indispensable en el Derecho español. “viene exigida



por las normas positivas y es de gran importancia para la interpretación y aplicación.”
(Delgado Echeverría, 2005, p. 16)

En este sentido, todo acto jurídico será inválido al considerar el contrato tal como han confeccionado las partes, con las normas legales que establecen los requisitos para ser tenidos por válidos. Por lo que la invalidez del contrato tiene que ver con el reconocimiento por el derecho como regla de autonomía privada, el reconocimiento de la fuerza jurídica vinculante. Si el contrato ha sido válidamente celebrado las partes quedan vinculadas por él. Si el contrato no se ajusta a las previsiones legales el ordenamiento no lo reconoce como tal y las partes no quedan vinculadas por la invalidez del mismo.

En este sentido, las causas que considera el Artículo 1406 del Código Civil del 77, como requisito para la validez del contrato, la obligación de cada una de las partes tiene por causa la obligación de la otra, y en este sentido se ha interpretado la causa en nuestro derecho. Siguiendo el ejemplo de códigos como el alemán, el suizo de las obligaciones, el mexicano, el brasileño tomando en cuenta que en los contratos onerosos la causa se confunde con el objeto y en los gratuitos, con el consentimiento. Debiendo de cuidar del objeto del mismo.

En la práctica profesional se ha de entender que los contratos inválidos son ineficaces o presentan anomalías en su eficacia, pero en cambio hay contratos ineficaces que no producen sus efectos normales, que son plenamente válidos vinculantes y obligatorios para las partes; sin embargo, aquí es donde surge una de las premisas a analizar en esta tesis, toda vez que muchos contratos se perfeccionan por medio de un contrato, ante un notario que por sus honorarios puede venir y adecuarse a la voluntad de las partes sin cumplir con los requisitos preestablecidos en ley, lo que provocara se incurra en una de las prohibiciones consideradas



en el ordenamiento civil, razón por la que se ha innovado la misma legislación con el fin de limitar la acción de cada una de las partes contratantes, mismas que ponen en riesgo el objeto del contrato.

En el Código Civil Guatemalteco, en el Artículo 1251, indica que el negocio jurídico requiere para que sea válido, la capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicios y objeto lícito. Dentro de la naturaleza jurídica de la inexistencia, la doctrina regula dos puntos de vista: “Considera que en el acto inexistente no hay voluntad de obligarse. Falta la voluntad real, es pura apariencia, considera el acto inexistente como un acto nulo, en el que sí existe el consentimiento para provocar el engaño.” (Contreras Ortiz, 2004, p. 309)

Respecto de los temas de las nulidades absoluta y relativa, estos serán abordados en el capítulo III de este trabajo.

Es oportuno referir que en el ordenamiento jurídico civil guatemalteco se ha presentado a la inexistencia del contrato como una figura diferente a la nulidad absoluta o radical, en el que carece de los requisitos mínimos para ser considerado como tal, el cual impide el reconocimiento como contrato. Existen diferentes similitudes del contrato inexistente y la nulidad radical, consiste en que no genera ningún efecto; asimismo, la ausencia de los requisitos esenciales que se requieren para la validez llevaría a la inexistencia del contrato, o la nulidad absoluta por lo que la inexistencia debe ser tratada como parte de la nulidad absoluta en virtud de que son las mismas causas que la motivan para generar obligaciones entre las partes contratantes.



2.2. El instrumento

Un contrato se perfecciona por la declaración de la voluntad manifestada en un documento, siendo este el que manifiesta, la verdad de su contenido, pues el documento tiene la función indicativa, no representativa. En el derecho romano, la palabra instrumento era apto, para indicar cualquier documento. (Pelosi, 1897, p. 35). En este sentido, el documento que se conoce en la actualidad en el referendo legal, es aquel por medio del cual se plasma voluntariamente una circunstancia, que con el fin de hacerla perdurable se plasma, convirtiéndose en su momento en una fuente del derecho; si se ve desde el punto de vista civil o notarial, es por medio del cual se plasma la manifestación de voluntad, naciendo a la vida jurídica al cumplir los requisitos de ley previstos en la norma, lo cual se convierte en un acto voluntario.

“El acto proviene de la voz latina actuz, que significa acción o movimiento, todo hecho humano es un acto, el acto es anterior al documento es decir el acto es el contenido y el documento el continente”. (Cabanellas, 1989, p. 43) (sic).

“Instrumento. Deriva del verbo latino instruere, que significa enseñar, instruir, o educar”, es decir, se refiere a todo aquel elemento que sirve para fijar o enseñar, o especificar las circunstancias en que ocurrió un acontecimiento, es algo que está destinado a instruir e informar del pasado. (Cabanellas, 1989, p. 403)

En este sentido, con respecto de la diferencia entre instrumento y documento únicamente se señalará que la palabra instrumento es más expresiva cuando se quiere hablar de pruebas. En el Código Civil español, promulgado en 1888, se prescribe que son documentos públicos



los autorizados por un notario o empleado público. El documento notarial es el más dotado de precisión en la lexicografía notarial y la que mejor se ajusta a la doctrina contemporánea.

Aguilar define el instrumento -jurídico- como: “toda escritura, papel o documento, hecho de la manera más conveniente, de acuerdo con las leyes, destinado a probar, justificar o perpetuar la memoria de un hecho o hacer constar alguna cosa o que se aduce con tal propósito”, (2008, p. 113) lo que se acerca a la definición de instrumento público. Documento es, pues, el objeto o materia en que consta, por escrito una expresión del pensamiento y también el pensamiento expresado por escrito.

Por lo anterior, se considera que el documento es todo lo escrito que al reunir las condiciones fijadas por la ley, acredita la declaración, contrato, hecho o disposición que con él se ha querido hacer constar por parte de sus autores, en este sentido las partes que intervienen para el perfeccionamiento del mismo.

2.2.1. Clases de documento

Los documentos tradicionalmente aceptados conforme a la forma en que se suscriben, se dividen en privados y públicos; ambos dan certeza de la existencia de un acto, pero el que está revestido por sí mismo de la fe notarial es el documento público.

El Código de Notariado, que es el que da los requerimientos del instrumento conforme el ordenamiento civil, clasifica los documentos en públicos y privados.

2.2.1.1. Instrumento privado



Al hacer referencia de este tipo de instrumento, se dice que no es más, que aquel por medio del que las partes otorgan entre sí, a quiénes puede obligar o no, y sin intervención del oficial público. El documento que emana de los mismos interesados, por sí solos o con ayuda de peritos, juristas, técnicos, es el documento privado; respecto de ellos rige el sistema de la libertad de formas. Aun aceptando la división de los documentos privados según estos tengan o no autor, se considera esencial.

Estos documentos deben llevar plasmado en ellos no solo la voluntad de las partes que se perfeccionan con la firma de las partes, que es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada. Por el hecho de que lo que se pretende es la clara identificación de la persona que da su consentimiento para la celebración del acto contenido en el documento, esta puede ser reemplazada por signos, iniciales de los nombres o apellidos, la impresión de los caracteres habitualmente utilizados como firma para que se dé por cumplido el requisito exigido por la norma. Incluso se tiene por cumplido el requisito de la firma con la impresión digital de aquel que no supiere firmar, ya que da mayor certeza en cuanto a la identidad de la persona.

También se da el caso de la firma a ruego, es decir, de aquella que es plasmada en el instrumento por un tercero, ajeno al acto que se formaliza, a pedido de alguno de los otorgantes que no supiere o no pudiese firmar, en tal situación, el instrumento privado debería complementarse con el testimonio de los otorgantes del acto y el tercero, relativo al mandato otorgado en tal sentido.



Los instrumentos privados no gozan de autenticidad *per se* cómo los públicos, y a pesar de que la legislación procesal guatemalteca abre la puerta para prueba de esta situación en juicio mediante el medio de convicción denominados, documentos en poder del adversario. Causa de esto es que en juicio los documentos privados deben ser reconocidos o legalizados para tener fuerza probatoria y producir plenos efectos entre las partes y sus sucesores universales.

En ese orden de ideas, se tiene una clasificación de los documentos privados: por un lado están los documentos cuya autoría es reconocida ya sea por el obligado, su representante o ante o por un juez competente, y los documentos cuya autoría está legalizada por notario, de ahí su fuerza probatoria.

2.2.1.2. Instrumentos públicos

a. Definiciones

“Es el documento público autorizado por notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos”. (Giménez Arnau, 1976, p. 417)

Manuel, Ossorio define:



El instrumento público puede definirse elementalmente como el que autoriza un oficial público o Notario público. (...) de la misma forma al instrumento público se le llama “Heterógrafo”, en lugar de “autógrafo”, ya que esta última expresión alude a la obra de las propias partes y no a la de un tercero (aunque esta obra no es exclusiva desde que siempre se complementa con la de las partes. (Ossorio, 1981, pp. 324-325)

Mario Efraín Nájera Farfán, expresa lo siguiente:

El documento público es el que se forma en ejercicio de una actividad pública. Deriva de la cualidad o posición del sujeto que lo produce. Se le llama público porque lo constituye un funcionario para hacer constar o certificar hechos o circunstancias de que conoce por razón de su cargo, un notario por ministerio de la ley goza de fe pública. La autenticidad que esta investido, deriva de los elementos estructurales; el carácter oficial de quien lo redactar; la competencia que para ello se le reconoce y la sujeción a las formalidades previstas por la ley. (2006, p. 698).

Las funciones del instrumento público coinciden con los rasgos que va presentando en su desarrollo histórico que mira a un destino probatorio. Históricamente, la función de juzgar es tan antigua como la sociedad humana, la lectura de los textos bíblicos, la interpretación de los hallazgos arqueológicos y las disposiciones legales que han llegado hasta la sociedad actual de pueblos remotos en la historia, pero de civilización avanzada, comprueban la existencia de los llamados medios de prueba. No se puede seguir paso a paso la evolución.

Con respecto de la teoría de la prueba, de las diversas civilizaciones, se puede afirmar que en Grecia y Roma hay documentos auténticos, también al empezar la edad media, entonces el instrumento público es paralela a la evolución del notario que lo autoriza, los



notarios se ven forzados a un estudio profundo del derecho y adquieren el rango de jurídicos de prestigio reconocido, lo que eleva su condición social y el prestigio del instrumento que el notario elabora.

El documento notarial es el instrumento que contiene la fe del notario; tiene el carácter de documento público y como tal surte prueba plena salvo que sea declarado nulo. Por lo que es necesario indicar que el instrumento público es un hecho jurídico y lo es también el previo procedimiento para llevarlo a cabo, por ejemplo, el acto de otorgamiento escriturario. El instrumento público es de forma y también es de prueba. Confiere visibilidad y acredita la existencia al hecho que exterioriza y prueba.

Desde otro punto de vista se ha dicho que hay instrumentos públicos de ser actos solemnes *ad substantiam*, y actos de valer *ad probationem*. “Aunque las partes hubiesen decidido redactar en escritura pública para mejor seguridad. Se puede decir que la forma es la exterioridad del hecho jurídico y no, como habitualmente se estima, la exterioridad ordenada por la ley”. (Flores Arana, 2019, p. 186)

Si por carácter ha de entenderse el conjunto de circunstancias o rasgos con que una cosa se da a conocer distinguiéndose de las demás, el instrumento público posee varias que le individualizan muy significativamente.

b. La autoría del instrumento público



En cuanto a la autoría, esta se refiere a quien redacta el documento público notarial es el notario, o en su nombre y por su mandato, la doctrina plantea que la autoría del documento es el notario.

En la teoría de la causa, el autor del documento es el causante de su formación; en la teoría de la ley, “es autor es aquel a quien la ley considera como tal, pero no justifica el por qué de esta atribución”; en la teoría del mandato, “el autor del documento no es quien materialmente lo ha escrito, sino aquel en cuyo nombre es escribe” (Bautista, 2019).

En este sentido, la celebración del instrumento se debe a la manifestación de las partes que intervienen y quien las considera en el documento es el notario, que 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 instrumentos adecuados, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales y expidiendo copias que den fe de su contenido, pues como lo refiere el Artículo 1 del Código Notarial, 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.

En cuanto a la función notarial, al iniciar su actividad el notario está obligado a otorgar audiencias en las que debe primero recibir los planteamientos de los interesados, debiendo dar a conocer sus posibles soluciones. Luego el notario interpreta los deseos de los particulares y buscar la manera de satisfacerlos en el ámbito jurídico. Como consejero le corresponde adecuar los intereses de las partes del sistema jurídico con el objeto de que el negocio se encuentre apegado a derecho.



La fe hace referencia a diversos hechos: da fe de la existencia de los documentos relacionados en la escritura y en los legajos, del conocimiento del notario, de la lectura y explicación del instrumento, de la capacidad de los otorgantes, de la existencia de la voluntad, legitimando cada una de estas situaciones. El notario puede encontrar una solución típica o atípica para resolver el conflicto que le planteen las partes.

Una vez que se tiene la solución el notario prepara lo necesario para dar forma a esa voluntad, previendo las circunstancias que puedan dañar el interés de las partes. Una vez certificada la escritura, el notario procede a autorizarla con su firma y sello; la autorización convierte al documento en auténtico y permite que el mismo sirva como prueba plena. Se considera que la última función del notario es la de conservar y reproducir los documentos notariales que se expidan bajo su fe.

La fe pública, como lo refiere el Código de Notariado, se determina como la verdad oficial que todos estamos obligados a creer.

Facultad del Estado a través del *ius imperium* delegada a las instituciones estatales otorgada por la ley. Teniendo así: fe pública judicial, administrativa, registral, legislativa y notarial también denominada extrajudicial. La fe pública es única, personal, indivisible, autónoma, imparcial e indelegable. (Muñoz, 1998, p. 92)

El instrumento público entonces tiene ciertas finalidades, tales como dar seguridad o certeza, lo que se considera el análisis de la competencia del notario, la capacidad, identidad, personería de los requirentes y la responsabilidad notarial. Además darle valor y eficacia del



instrumento público para producir efectos, su utilidad, frente a terceros y entre las partes. Y de permanencia, ya que se convierte en fuente de derecho.

c. Fines propios del instrumento público

Todo documento dentro del marco legal lleva determinados fines, ya que el mismo busca ser perfeccionado conforme la voluntad de las partes. En este sentido, se mencionan aquí los siguientes:

1) Prueba preconstituida

Se concibe la idea de preparar el instrumento como prueba para el futuro. Se anticipa un posible incumplimiento de las obligaciones inmersas en el instrumento, es entonces cuando ese momento llega, el instrumento sirve de prueba en juicio o fuera de él. “Prueba escrita que está en ese instrumento y que si alguna vez necesitamos la presentamos de inmediato para hacer valer nuestros derechos”. (González, 1971, p. 373)

2) Dar forma legal

“Forma he aquí el verdadero fin. Formar, constituir, un negocio jurídico. Hacer existir, dar vida, configurar. Estructurarlo jurídicamente.” (González , 1971, p. 374) En este sentido, se debe tomar en cuenta que el notario es el encargado de dar forma legal a los negocios jurídicos mediante la intervención que realiza modelando la voluntad de los otorgantes, encaja esa voluntad en una norma legal, califica la naturaleza y la legalidad del acto o



contrato; además, el notario da la forma legal a todo instrumento público, pues por disposición de la ley está facultado para autorizarlo.

Se debe tomar en cuenta que el instrumento público tiene que surtir sus efectos sin llegar a situaciones litigiosas, es decir que se deben cumplir con todo lo estipulado, caso contrario se estaría acudiendo a los tribunales para su cumplimiento.

El instrumento público posee una naturaleza jurídica, de la cual puede afirmarse que es eminentemente pública en virtud que es el notario la persona que lo crea y lo autoriza por mandato legal y también actúa en representación del Estado investido de fe pública que le otorga la ley. Por ejemplo, se puede mencionar el Artículo 1 del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República.

En este sentido, se resumen las funciones notariales en perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad, que por su naturaleza conviene quede consignado para el porvenir, además servir de prueba en juicio y fuera de él, haciendo fe por sí mismo y sin requerir para su validez de ningún otro adminículo. (González, 1971, p. 43)

Se identifica la función notarial también con el registro jurídico, pues puede llenar tres fines: social, es decir arbitrar medios de conocimiento de relaciones jurídicas; jurídico-sustantivo, o asegurar el respeto a tales relaciones; y jurídico-adjetivo.

3) Elementos personales del instrumento público



Es necesario determinar para efectos del estudio los elementos necesarios en los que intervienen, ya que estos generaran un efecto. Dentro de estos elementos se reconoce a los siguientes:

- Sujeto, que es el

(...) titular de un derecho u obligación; persona que se ve afectada en su patrimonio en virtud del otorgamiento de un instrumento público, puede ser que el acto jurídico produzca menoscabo o incremento o alteración en el patrimonio, pero siempre repercute en su esfera jurídica. (Pérez Fernández Del Castillo, 1995, p. 183)

- Parte, “es la persona o personas que representan un mismo derecho u obligación; que ostentan una misma prestación en una escritura”. (Pérez Fernández Del Castillo, 1995, p. 181)
- Otorgante, es la “Persona que da su consentimiento, quien directamente y en forma personal realiza el acto; la parte que contrata en un documento público”. (Pérez Fernández Del Castillo, 1995, p. 181)
- Compareciente, es “la persona que requiere la función del notario; en su lato sensu: Persona que concurre, que interviene en el instrumento público, sin necesidad que resulte obligado”. (Pérez Fernández Del Castillo, 1995, p. 182)

4) **Requerimientos para la suscripción del instrumento público**



Se debe considerar que todo documento es redactado de dos formas, de oficio o a requerimiento de una persona, la que en su momento querrá plasmar su voluntad en un papel, lo cual no solo es un documento, si no que en base a su contenido se convierte en instrumento público, mismo que deberá contener los siguientes requerimientos.

- a. Es condición para la relación específica de autenticación.
- b. Ha de ser expresa y dirigirse a un acto concreto.
- c. La rogación es libre en cuanto el notario destinatario sea competente para actuar.

Además se deben de tomar en cuenta las reglas sobre circunstancias personales de los otorgantes, siendo estas:

- a. Identificación de los comparecientes.
- b. Fe de conocimiento y libre ejercicio de derechos.
- c. Identificación por medios legales.
- d. Acreditamiento de la personería.

En todo instrumento público para su validez se debe considerar los requisitos necesarios, ya que en su momento al alegar que hay nulidad del instrumento se deberá demostrar la ausencia de uno de los requisitos preestablecidos en el Código de Notariado o de conformidad con el ordenamiento civil.

- a. Rogación: que medie solicitud de parte.



- b. Competencia del notario: que sea hábil y se encuentre en la fase normal del derecho.
- c. Licitud del acto o contrato: calificación jurídica tanto de la capacidad del sujeto como del contenido del negocio jurídico.
- d. Unidad del acto.
- e. El deber de redacción: el notario redactará los instrumentos públicos interpretando la voluntad de los otorgantes y adaptándolo a las formalidades necesarias.
- f. El lenguaje y estilo: los instrumentos públicos deben redactarse en idioma español, claro, puro, preciso, sin frases oscuras o ambiguas, observando la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma.

De los requisitos contemplados en el Artículo 29 del Código de Notariado son los prescritos que deben subsistir en todo documento, ya que en la ausencia de uno de ellos podría ser objeto de una nulidad, si bien es cierto son requisitos de pura forma, pero siendo formalista el derecho notarial, deben cumplir con los mismos, caso contrario adolece de uno de esos vicios.

2.3. Clasificación de los documentos notariales

Es necesario referir sobre esta clasificación en lo que respecta los instrumentos públicos ya que los mismos dan lugar al nacimiento de una obligación de cumplir. Toda clasificación es una división fundada en semejanzas y diferencias, cada una de estas clases pueden poseer caracteres dominadores o subordinadores, constitutivos o conexos, etc., dando lugar a otras subdivisiones:

2.3.1. Originales y reproducciones



- a) Originales: son los que recogen con fe pública originaria los hechos autenticados, se denominan de primer grado.
- b) Reproducciones: se caracterizan por tener fe transcriptora o derivativa, solo se producen frente a la existencia física de otro documento, se denominan de segundo grado.

2.3.2. Protocolares y extra protocolares

Para entender con facilidad esta clasificación, se procede a esbozar el tema del protocolo en cuanto a su contenido.

a) El protocolo

Se conoce como la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolación, razones de legalizaciones de firmas y copias de documentos que el notario registra, según el Artículo 9 de Código de Notariado. Decreto 34 del Congreso de la República de Guatemala. Siendo el libro de registro que llevan los notarios, en el que se agregan por orden de fecha los distintos instrumentos públicos, en la forma establecida por la ley.

La palabra protocolo proviene de las palabras griegas *proto*, que significa primero y *colao*, que significa pegar. Los protocolos se constituyen en la actualidad por la serie de libros, registros, archivos, y las normas que lo rigen para dar certeza de los actos registrados. El protocolo es el conjunto de libros formados por folios numerados y sellados en los que el



notario observando las formalidades de ley asienta y autoriza las escrituras y estas que se otorgan ante su fe, con sus respectivos apéndices.

Estas formalidades son:

- 1) Los instrumentos públicos se redactarán en español y se escribirán a máquina o a mano, de manera legible y sin abreviaturas.
- 2) Los instrumentos llevarán numeración cardinal, y se escribirán uno a continuación de otro, por riguroso orden de fechas y dejando de instrumento a instrumento, solo el espacio necesario para las firmas.
- 3) El protocolo llevará foliación cardinal, escrita en cifras.
- 4) En el cuerpo del instrumento, las fechas, números o cantidades, se expresarán con letras. En caso de discrepancia entre lo escrito en letras y cifras, se estará a lo expresado en letras.
- 5) Los documentos que deban insertarse o las partes conducentes que se transcriban, se copiarán textualmente.
- 6) La numeración fiscal del papel sellado no podrá interrumpirse más que para a intercalación de documentos que se protocolen; o en el caso de que el notario hubiere terminado la serie.
- 7) Los espacios en blanco que permitan intercalaciones se llenarán con una línea antes de que sea firmado el instrumento.

El papel sellado especial para protocolos es fabricado por el Estado, quien es su propietario, debe ser adquirido por el notario con bienes de su peculio, en dichos asientos se registran los originales y al particular siempre se le entrega una copia; el notario puede



reproducir los documentos con letra legible o bien reproducir la imagen por cualquier medio firma e indeleble incluyendo fotografía plana y otros medios gráficos.

Tienen condiciones necesarias para revestir calidad de documento notarial en las diferentes clases que admiten los originales producidos en el protocolo, se trata de cuestión de existencia y no de persistencia. Se da por la necesidad de materializar la prueba, de recurrir a la grabación gráfica sobre un elemento físico para que hiciera visible y perpetua su consideración.

Además se mencionan determinados instrumentos que van fuera del Protocolo, denominados extra protocolares o secundarios y son creados fuera del protocolo que se entregan en original a los interesados, dentro de los límites de su competencia, en consecuencia se trata documentos que tienen fe originaria, indicándolos a continuación.

- a. Actas notariales.
- b. Actas de legalización de firmas.
- c. Actas de legalización de copias de documentos.

2.4. Escritura pública

En el ordenamiento jurídico guatemalteco se consideran ciertos aspectos que vienen a dar relevancia a cada uno de los instrumentos en los que se perfecciona la voluntad de las partes que intervienen en la celebración del mismo, mencionando conforme su definición y la práctica. Definiendo lo que es la escritura, “Es el instrumento por el cual una o varias



personas jurídicamente capaces establecen, modifican o extinguen relaciones de derecho.”
(Muñoz, 2009, p. 17)

“La escritura se refiere a la creación modificación o extinción de una relación jurídica; o más general y exactamente: contiene un negocio jurídico.” (Gimenez Arnau, 1976, p. 416)

“Son escrituras públicas las que con las formalidades de ley, se hacen ante escribano público u otro funcionario autorizado para ejercer en las mismas condiciones.” (Muñoz, 1998, p. 7)

Por lo antes citado se define a la escritura pública como el instrumento público creado por un notario público, con las formalidades de ley y a requerimiento de parte, en donde se plasma la voluntad y consentimiento de o los requirentes en donde se formalizan actos o contratos, creando, modificando o extinguiendo derechos u obligaciones recíprocas.

De acuerdo con Mejía Orellana,

la escritura es un instrumento autorizado por notario competente, redactado en papel sellado especial para protocolos, bajo estricto control de legalidad, que tiene por objeto dejar constancia clara, fiel y concisa de las declaraciones de voluntad, contratos y diversidad de actos jurídicos, cuya matriz se colecciona en el protocolo y sus fieles reproducciones se entregan a los interesados. (2000, p. 1)

“La Escritura es el instrumento público, por el cual una o varias personas jurídicamente capaces establecen, modifican o extinguen relaciones de derecho.” (Fernández Casado, 1895, p. 66) Es de hacer notar que el Código de Notariado guatemalteco al reglar el instrumento



público, se refiere especialmente a la escritura pública. Dentro de las Escrituras Públicas se tienen diferentes denominaciones por su contenido.

El contenido de la escritura referido así por el Código de Notariado, aunque en la doctrina se encuentra con los nombres de “Estructura”, “Requisitos generales” o bien “Formalidades no esenciales”.

Además de los requisitos generales, y los esenciales también existen los requisitos especiales, que se deben tener en cuenta además de los anteriores, y son los regulados atendiendo al negocio jurídico que el instrumento público contiene.

2.5. Acta de protocolación

Este es un documento en el cual se plasma la voluntad de la persona, sin considerar su situación, pues es un instrumento poco formal, esperando se lleve de una vez, se denomina protocolizar o protocolar indistintamente, al acto de agregar jurídicamente un documento con el objeto de conservarlo y custodiarlo. El acta de protocolación en sí, es un acta que documenta una declaración del notario respecto a una actividad propia, el recibo del documento y una incorporación al protocolo.

La protocolación de un documento puede presentarse en el cuerpo de una escritura pública, como cláusula escrituraria, pero esta deberá llenar los requisitos pertinentes y hará las veces de acta.



Al cumplirse los requisitos de la protocolización surgen los efectos jurídicos del acta de protocolación, con el fin de asegurar la conservación custodia y reproducción del documento.

En algunos países, se considera que el acta de protocolación otorga calidad de instrumento público a un documento privado, pero esto en la doctrina mayoritaria no es aceptado, y en Guatemala violaría la ley. Existe una clasificación doctrinaria en cuanto a los documentos que pueden protocolizarse en nuestro ordenamiento jurídico. Dicha clasificación es la siguiente:

- a) Los ordenados por la ley, pues en estos es necesaria la comparecencia del notario únicamente, actuando por sí y ante sí.
- b) Los ordenados por tribunal competente.
- c) Documentos con firmas legalizadas o reconocidas, siendo necesaria la comparecencia de la persona a cuyo favor se suscribe el documento.
- d) Documentos sin firmas legalizadas o reconocidas, siendo necesaria la comparecencia de todos los signatarios del documento.
- e) Documentos otorgados en el extranjero, siendo la primera consideración para resolver el problema fue una muy simplista con el fin de distinguir el “Fondo” de la “Forma”, es decir, el contenido del derecho y las maneras o solemnidades con que se manifiesta, se aplicará primero la ley del lugar donde se otorgó el acto; esta última regla constituye una excepción a la aplicación de la ley territorial y se expresa con el conocido axioma.

2.6. Reproducción de los instrumentos públicos



Es de hacer notar que los instrumentos públicos permiten su fiel reproducción sin mayor complicación, ya que los instrumentos públicos que se realizan fuera del registro notarial, como es el caso del acta notarial, tendrán que acudir a la legalización de copias de documentos para su reproducción.

a. Testimonio

En la legislación guatemalteca es la copia fiel de los instrumentos públicos protocolares, extendida en papel bond, cuyas hojas son numeradas, selladas y firmadas por el notario autorizante o por el que deba sustituirlo de conformidad con la ley.

Dentro de ellos se tienen los testimonios regulares, que son denominados ordinarios o técnicos, son los que autoriza el notario, reproduciendo una escritura pública, un acta de protocolación, una razón de legalización de firmas o documentos o bien de una transcripción del acta de otorgamiento de testamento cerrado.

Además se hace referencia al testimonio especial, que es el que se entrega al director del Archivo General de Protocolos dentro del plazo de veinticinco días seguidos al otorgamiento del instrumento referido, en el cual se hace constar el pago del impuesto del timbre notarial.

2.7. La nulidad del instrumento público



Por nulidad se entiende a ineficacia de un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez sean ellas de fondo o de forma. “Desde el punto de vista notarial, la nulidad es la capacidad de un instrumento público de producir efectos jurídicos, por mediar algún vicio en su contenido o en su parte formal”

Dentro de la técnica jurídica, nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido, como vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos.

“La nulidad instrumental o nulidad formal se da en ausencia de las formalidades descritas, ya que es la carencia de valor, falta de eficacia, incapacidad, inexistencia, ilegalidad absoluta de un acto”. (Cabanellas, 1989, p. 425)

La nulidad puede resultar de la falta de condiciones necesarias y relativas, sea de cualidades personales de las partes, sea de la esencia del acto, lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y las observancias de los prescritos del acto. Puede resultar también de la ley.

Se debe tomar en cuenta la nulidad del instrumento público a su falta de eficacia o de fuerza probatoria, pero la ineficacia del documento notarial puede producirse por su falta de veracidad o inexactitud comprobada, lo que se llama falsedad, sea o no intencionalmente provocada. “Es correcto hablar de impugnación por falsedad, pero nunca de nulidad”. (Fernández Casado, 1895, p. 75)

Hay que hacer notar que si solo se trata de desvirtuar las manifestaciones de las partes, efectuadas al tiempo del otorgamiento del acto, relativas o vinculadas con el objeto principal



de aquel, no será necesario, recurrir a la promoción de una acción de redargución de falsedad, bastará con probar jurídicamente el hecho que contradiga tales manifestaciones. En ese caso, si el instrumento público, válido por su contextura y requisitos formales, contiene un negocio jurídico nulo, sigue siendo un instrumento público, pese a la nulidad del contenido negocial, sigue siendo autentico, en cuanto a los hechos narrados en su texto, aunque el documento no valga como público, vale como documento privado.

2.7.1. Clases de nulidad

Conforme a la doctrina y la legislación guatemalteca, la nulidad se puede presentar como:

- a) Nulidad de fondo
- b) Nulidad de forma

La primera de ellas, se produce cuando el acto es ineficaz porque está afectado por un vicio que lo invalida y se rige por los actos del derecho civil, de tal manera se entiende por nulidad la sanción inherente a todo acto jurídico celebrado sin observarse las reglas establecidas por la ley para asegurar la defensa del interés general o para expresar la protección de un interés privado de donde deviene que cuando no se ha cumplido con la ley al celebrar el negocio jurídico, se produce la nulidad de este, denominándola nulidad de fondo, cuyo estudio pertenece al derecho sustantivo, ya que es el que rige las normas y exigencias de los negocios jurídicos.



En la legislación guatemalteca, la independencia entre el negocio jurídico y instrumento notarial, es tal, que la nulidad de uno no puede afectar al otro, salvo en los casos en los que se establece así en la ley.

En cuanto a la nulidad de forma, implica la inaptitud del documento notarial para causar las consecuencias jurídicas que, en condiciones ordinarias, está destinado a procurar. La nulidad formal o instrumental incide o afecta el continente del negocio jurídico. Si se parte del presupuesto de que el notario es el autor intelectual del instrumento, las causales de nulidad, en este orden, están estrechamente vinculadas con la figura del notario.

La nulidad formal implica la vulneración de las regulaciones o principios que informan la constitución del instrumento notarial o, en todo caso, que atentan contra la imparcialidad del funcionario. Su declaración judicial pudiera conllevar implicaciones de diversa índole en el actuar del notario por quebrantamiento de las normas deontológicas de su profesión, o incluso podría tratarse de un supuesto de responsabilidad civil o hasta penal al notario autorizante.

Sostiene la doctrina guatemalteca que la nulidad formal esta sostenida por tres principios fundamentales, a saber:

a. Principio de excepcionalidad

Debido a la fe pública de que están dotados los instrumentos públicos, solo son nulos en los casos expresamente contemplados por la ley; (Muñoz, 2009, p. 16) en el ámbito del derecho notarial predomina el interés de los particulares.



b. Principio de finalidad

La finalidad del instrumento público prevalece sobre la mera formalidad; la nulidad formal del instrumento no implica una total falta de eficacia jurídica, sino tan solo un decaimiento de la misma. (Muñoz, 2009, p. 19)

c. Principio de subsanabilidad

En cuanto a la nulidad de un acto jurídico, es diferente a la subsanabilidad en las omisiones instrumentales. En esta se manifiesta como una consecuencia necesaria del principio de finalidad del instrumento público, ya que la misma debe prevalecer sobre el simple formalismo. La subsanabilidad del documento en Guatemala se realiza por medio de las escrituras de ampliación o modificación.

2.7.2. Incidencia de la nulidad instrumental o formal para el negocio

El documento notarial nulo supone una desarmonía entre el actuar del notario y el deber jurídico que la norma notarial le impone, o sea un desajuste entre el instrumento, tal y como había sido previsto o contemplado por el ordenamiento jurídico, y el instrumento, tal y como fue llevado a cabo en la realidad. Sin embargo, no necesariamente el acto o negocio contenido en dicho instrumento está afectado por el vicio que lesiona la pureza de este último. La afectación del continente no tiene que dañar inexorablemente el contenido. Ello, en gran medida, dependerá del rol que el ordenamiento jurídico le atribuya a la forma para la perfección y eficacia interpartes y *erga omnes* del acto o negocio jurídico.



Con respecto de la forma independiente del contrato,

Si la forma del acto es *ad probationem*, o si es advertida como mero medio de prueba, se entiende, que el documento se establece y pacta con la única y exclusiva finalidad de facilitar la prueba de la existencia o del contenido de un contrato que se presupone ya celebrado o perfecto con anterioridad, de ello se colige que el acto o contrato es la realidad primaria, preexistente al propio documento, y que al constituir este un simple medio de prueba de las declaraciones de voluntad de las partes, debe concurrir en su rol probatorio de la existencia y del contenido de tales declaraciones, con los demás posibles medios de prueba. (Díez-Picazo, 1995, p. 431)

A efectos de nulidad, la vulneración de las normas formales en la constitución del documento notarial, traería consigo la carencia de prueba documental del negocio, pero no la subsistencia de este en sí, que es perfecto y eficaz, tanto entre las partes como respecto de terceros, con absoluta independencia de la forma que le cobija, cabría entonces la presencia de otros medios, como la confesión y el testimonio, que podrían concurrir a facilitar la prueba de las declaraciones negociales de voluntad, cuya existencia misma es anterior o independiente del documento en que están contenidas.

La forma como elemento esencial de validez, por el contrario, se constituye como elemento formativo del propio negocio, o sea, como componente intrínseco de este, su destrucción por nulidad, lleva implícita la destrucción del contenido negocial, pues este, ya *ex voluntate*, ya *ex lege*, no se perfecciona y, consecuentemente, no es eficaz sin la forma prescrita por el ordenamiento jurídico o establecida por la autonomía de la voluntad de las partes.



Estos actos, denominados en la doctrina *ad solemnitatem*, son sancionados por ley bajo pena de nulidad radical de no cumplimentar los requerimientos formales que el ordenamiento impone o que las partes han añadido, dotándole de un valor esencial. En los actos solemnes, la nulidad de la forma, quebranta el valor intrínseco del acto, que sin forma no tiene razón de ser, no son atendidos por el derecho.

Cabría también la posibilidad de que la forma no deviniera como presupuesto de existencia ni de perfección del acto o negocio, sin que, por el contrario, pueda imputársele, en tal supuesto, el valor de simple medio de prueba. Así, el documento no constitutivo pudiera revestir apunta un presupuesto de eficacia interpartes del acto; en esta hipótesis el acto existe ya válidamente constituido, no es nulo, sino podrían, de conformidad con el Artículo 1576 del vigente Código Civil, las partes se reclaman recíprocamente el cumplimiento de esta formalidad posterior para que el acto surta efectos, cuyo presupuesto de existencia y perfección es requisito *sine qua non* para que las partes se compelan recíprocamente en ejercicio de la facultad de exigir el revestimiento de las formalidades, de suerte que la nulidad formal en estos actos afectaría también de manera exclusiva el continente, no así el contenido, dado que, si partiéramos de la perfección del acto con independencia del recubrimiento de formalidades, la ausencia de estas, conllevaría a que las partes, al único fin de oponer el contrato frente a terceros, tuvieran de nuevo que revestirlo de las formalidades nulificadas.

Esto es denominado en la doctrina como acción pro forma, que es una acción que otorga la ley a cualquiera de las partes que realice un contrato, su finalidad jurídica es exigir de manera judicial al demandado que otorgue el contrato en la forma establecida por la ley y en caso de ser omiso el juez podrá firmar el contrato en su rebeldía convalidándose así el



contrato. La acción pro forma protege a los particulares y da certeza de que se va a cumplir con los actos jurídicos, o contratos que se celebren aun cuando estos carezcan de la formalidad establecidos por la ley. De esta manera, se refiere que el principio jurídico de la preservación del contrato, el cual consiste en la obligación de las autoridades jurisdiccionales, debe velar por el respeto y la existencia de los contratos prefiriendo las acciones que tienden a conservarlos.

2.7.3. De la nulidad formal en el Código de Notariado

La nulidad de forma o instrumental es la que más interesa al derecho notarial, porque afecta al documento considerado en sí mismo, y no como continente de un acto o negocio jurídico, sin perjuicio de que la nulidad instrumental afecte indirectamente la validez del acto o negocio que contiene, tal y como ha quedado reflejado en los supuestos de forma *ad substantiam*.

La nulidad instrumental viene regulada en el derecho guatemalteco, en el Código de Notariado en su Artículo 32, de manera que los supuestos a que ese precepto se contrae se refieren a quebrantamientos de las solemnidades exigidas por la ley notarial en la redacción y autorización del instrumento.

La nulidad negocial o nulidad sustantiva no tiene por qué necesariamente afectar el instrumento en que se contiene el acto, los documentos públicos notariales cuyos negocios contenidos en ellos han sido declarados judicialmente nulos harán prueba respecto a terceros de la fecha del otorgamiento.



Por ello, se debe distinguir entre negocio jurídico e instrumento: el negocio jurídico es el contenido, en tanto el instrumento es el continente, puede existir el primero sin el segundo, como ocurre cuando el acto reviste una forma documental no notarial, privada e incluso oral, y el segundo sin el primero, como cuando el negocio instrumentado deviene nulo por defecto intrínseco, lo que no obsta la validez del instrumento.

El notario es el autor intelectual del instrumento público, por lo tanto, resulta un requisito implícito su intervención, con lo cual se individualiza la autoría del instrumento, dotándolo de eficacia jurídica, pleno valor probatorio y fuerza ejecutiva. Como sostiene la doctrina española, con la firma, el notario aprueba o acredita la formalización, legalidad y veracidad del acto, contrato o circunstancia que contenga la escritura; equivale a la autorización del instrumento notarial. Por el contrario, la ausencia de firma del notario, implicaría la ausencia de autorización notarial por lo que decaería la eficacia jurídica del documento, que tendría valor de documento privado, pero no así de público, al carecer de la fe pública conferida por el funcionario fideifaciente. (Pérez Fernández del Castillo, 1995, p. 144)

Cuando el notario no está habilitado para el ejercicio de la función notarial, no puede autorizar ningún instrumento, y los que se realicen bajo esta situación, serán sancionados con la nulidad.

En lo que respecta a la relación del acto o contrato con sus modalidades, se menciona que es necesario que el instrumento contenga la autorización o constancia de actos, y contratos requeridos por las partes, o mandados por la ley, para que llene su cometido, sin los cuales el instrumento no tendría razón de ser. Dicho contenido se registrará por sus normas propias, las cuales arrojarán sus ajustadas causas de nulidad.



En lo que respecta a la razón de haber tenido a la vista los documentos que acreditan la representación legal suficiente de quien comparezca en nombre de otro, citado en el inciso 3 del Artículo 31 del Código de Notariado, se reconoce como causal de nulidad formal o instrumental la no constancia en el documento del juicio sobre la capacidad del que comparece en nombre de otro. La no consagración del juicio notarial de capacidad del que comparece en nombre de otro, en forma expresa, no podría tampoco suplirse por otros medios de prueba, aun cuando el tribunal formara convicción en sentido favorable para la validez del instrumento, se trata por tanto de un requerimiento formal de vital trascendencia para la eficacia del mismo.

El valor presuntivo del juicio de capacidad que ofrece el notario no se circunscribe a la expresión en el documento del referido juicio notarial; lo esencial no son las palabras empleadas, sino la manifestación al respecto en el instrumento notarial

En cuanto a las ampliaciones o aclaraciones mediante las cuales se pretenda enmendar los errores de forma: la ley establece expresamente que cuando se cometan determinados errores de forma, como lo son la alteración de la numeración de los instrumentos públicos, la alteración de la foliación debida, la alteración del orden de serie del papel sellado especial para protocolos, dejar una página en blanco, la inutilización de una hoja o pliego del protocolo; se deberá llevar a cabo acciones específicas para enmendarlos, correcciones que no podrá llevar a cabo el notario por y ante sí, sin que las mismas no adolezcan de nulidad.

En cuanto al principio de rogación en la intervención del notario, actuará en la fase normal del derecho, es decir la convención de los otorgantes y comparecientes, en celebrar el acto o contrato, sin que exista pugna entre ellos, de esto resulta que la actuación notarial



puede resultar de la disposición de la propia ley, o en el caso que ocupa este estudio, de la rogación necesaria de las partes, sin esto el notario se vería limitado en su operar.

En la autorización de instrumentos públicos que no han sido firmados por los comparecientes, es muy importante y es un acontecimiento de repetida consumación en la práctica notarial, ya que el principio de unidad del acto se viola frecuentemente. Lo que tiene que tener presente el notario es que la autorización del instrumento público, que se consagra con la signatura del notario es el último paso de la función notarial, aunque no la última de sus obligaciones si se llegare a comprobar que el notario ha autorizado un documento en el cual los intervinientes no han establecido su voluntad con su firma o impresión digital, según sea el caso; este instrumento público perderá validez, ya que la fe pública del notario se ve afectada, al no cumplirse el “ante mí” previo que menciona la ley, esta prohibición, por lógica general, se extiende a los testimonios de los mismos.

Por la falta de idoneidad de los testigos que intervienen, la ley expresamente establece los requisitos para ser testigos, y quienes pueden ostentar la calidad. Esto conlleva tres elementos:

- a) El juicio notarial.
- b) La declaración de un testigo.
- c) La inhabilitación del referido testigo.

En este caso, el juicio que ofrece el notario sustenta la declaración del testigo, que *a posteriori* se reconoce inhábil, esto es de vital importancia en relación a los testamentos o donaciones por causa de muerte, ya que *ex lege* se exige al notario asociarse con los testigos.



Sea cual fuere la clase del acto, inter vivos o por causa de muerte, declarada eficazmente, la nulidad dará lugar a la responsabilidad civil regulada por el Artículo 35 del Código de Notariado y 1645 del Código Civil. Incluso dará derecho al damnificado a acudir al Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. Sin embargo, es donde se viene a comprobar la hipótesis que hay una sanción previa para el notario que perfeccionó un contrato ante la falta de unos de los requisitos esenciales, en cuanto a que en la actualidad con el Decreto del Congreso de la República de Guatemala 55-2010, se subestima y se penaliza lo que aún es de competencia civil.

Como corolario al presente capítulo, partiendo de las apreciaciones sobre la invalidez de los negocios jurídicos y sus efectos, se abordan algunas consideraciones sobre el instrumento público, suscrito por el notario, investido de las formalidades establecidas para el efecto, concluyendo con los tipos de nulidad establecidos en la doctrina y la legislación guatemalteca, que permitirá comprender de mejor forma las nulidades relativa, absoluta y *ab initio*, abordado en los siguientes capítulos, que constituye la parte medular de la presente investigación.

El objetivo principal es el de situar al lector en el espacio teórico jurídico ideal sobre el negocio jurídico y su posible invalidez, que favorecerá a la adecuada comprensión de las nulidades relativa, absoluta y *ab initio*, las últimas dos, objeto de este estudio.



CAPÍTULO III

3. Nulidades en el derecho civil



Se considera que en Guatemala la legislación surge a nivel latinoamericano y con reseñas de los romanos, al ser los primeros en ocuparse, con seriedad y profundidad, del negocio jurídico y de su régimen de nulidad. En referencia, el derecho guatemalteco ha considerado las legislaciones más antiguas, como es el Código de Hammurabi que sancionaba la jurisprudencia de la tradición histórica anterior y desconocían la noción de nulidad o invalidez, la total, y por supuesto, también la parcial, no solo como institución, sino también como idea; para este código, el incumplimiento de las normas contractuales o la nulidad, por culpa de las partes lleva acarreado un castigo, como la pérdida de la cosa o precio en su totalidad o en parte.

En este sentido, en cuanto a la nulidad surge la exposición casuística que refiere el derecho romano privado donde se distinguen tres épocas al respecto: “una primera, donde el ius civile domina; una segunda, en la que el pretor atenúa tal rigidez a través de la concesión de excepciones y una tercera, que se puede denominar postclásica, en la que supera la contraposición entre el ius civile y el ius honorarium del pretor” (sic) (Kaser, 1968, p. 55) pues se decía en ese entonces que los casos en los cuales un negocio no producía efectos.

En este sentido, es necesario distinguir, en este orden de cosas, entre ineficacia e invalidez.

Al hacer referencia a la ineficacia tiene lugar cuando, por causas intrínsecas o extrínsecas, el negocio no produce los efectos que le son propios o normales y este nace plenamente válido, pero los efectos no se producen por una circunstancia sobrevenida o no producida; en cuanto a la invalidez, esta se da cuando falta o está viciado alguno de los elementos constitutivos del negocio jurídico.



Los romanos no utilizan una terminología constante al respecto, pues hablan de negocio *inutilis, iniustus, inanis, irritus, vitiosus*, etc.; se habla también de él como *imperfectum* para indicar la incompleta existencia jurídica del acto o se dice que la parte que *nihil agit onihil agitur*, y así sucesivamente hasta cerca de cuarenta términos que Hellmann encuentra y examina sin encontrar otra traducción a la moderna terminología jurídica que la del término nulidad, pues afirma que el derecho moderno no tiene más expresiones para significar igualmente la nulidad del acto jurídico, pues no se utilizan ni más ni menos que los de las fuentes romanas.

En cuanto a la nulidad, impropriamente, también como la inexistencia, tiene lugar cuando falta un elemento o presupuesto requerido por la ley, y así el negocio no puede producir efectos según “la máxima quod nullum est nullum producit effectum. Pero es más, en el *ius civile*, la ausencia de las solemnidades exigidas” (De Resk, 1985, p. 58) por este, razón por la que acarrea, en realidad, la desaparición misma del actos, o sea, su nada jurídica, de ahí su inexacta denominación como inexistencia.

Más tarde, durante la actuación del pretor en la época clásica se suavizó este régimen, introduciéndose el concepto de nulidad como sanción del ordenamiento para los actos jurídicos que no respetaban los principios de equidad que el pretor que es esa institución nacida en Roma hacia el año 367 A. C. al sobrevenir una paulatina liberación de la rigidez de formas que había ocupado épocas anteriores, y que hubo de instrumentar algunas nuevas figuras procesales para lograr la anulación de los actos que el *ius civile* declaraba con frecuencia injustamente válidos.



Comenzó por conceder a la parte eventualmente afectada una *exceptio*, como la que podía intentarse contra el dolo (*exceptio dol generalisi*); luego otorgó una verdadera acción para la impugnación de situaciones igualmente inicuas, la *actio doli*, que lo que verdaderamente hacía era anular la producción de efectos del acto, pues conforme al *ius civile* el negocio se continuaba considerando perfectamente válido, si bien no podía exigirse su eficacia precisamente por la oportuna intervención del pretor. Pero si el negocio ya había producido efectos, el pretor lo que concedía era otra acción diferente para este caso, la *restitutio in integrum*, por medio de la cual podía lograrse la devolución de lo dado mediante la invocación de la equidad e introduce en él hasta el momento rígido sistema legal romano.

Diferentes autores hacen una distinción separada entre nulidad y anulabilidad y entre nulidad absoluta y nulidad relativa; “basada en el matiz de la validez del acto mientras que éste no sea anulado, contra la nulidad del acto mientras que no se convalide, que sería el caso de la relativa” (Betti, 1935, p. 268) pues consiste en la existencia de un vicio en alguno de los elementos del negocio, produciendo este todos los efectos que le son propios mientras que alguno de los interesados no invoque alguno de los medios en derecho para paralizarlos o revocarlos.

La distinción entre ambas figuras nos conduce históricamente a la antítesis entre *ius civile* e *ius honorarium* (Betti, 1935, p. 328). En este sentido considera el *ius civile* como el negocio o es válido o es nulo, esto es, o es posible ejercitar la acción de nulidad o no, faltando una posición intermedia que propicie la anulación del negocio. En cuanto al derecho justiniano y se perpetuará en la tradición romanística hasta el derecho actual, implantándose como doctrina. El negocio jurídico podía devenir afectado en la producción o despliegue de



sus efectos merced a causas variadas que, esquemáticamente se reducían a la ausencia o defectuosa y conformación de los presupuestos del acto, o bien a los elementos que lo integran.

En este sentido los presupuestos de validez conciernen a las circunstancias que condicionan particularmente la eficacia y cobran relieve en el preciso momento del despliegue de los efectos de él. Son, fundamentalmente tres: “la capacidad de las partes para efectuar el negocio concreto que se desea, la legitimación del sujeto para producirlo y la idoneidad del objeto para ser materia de la reglamentación que el mismo supone” (Betti, 1935, p. 166).

Los elementos que lo integran adoptan tres relieves distintos: esenciales, que son las premisas fundamentales sin las cuales el acto no puede estimarse conformado y son la declaración de voluntad y su contenido, la forma, y la causa; los elementos naturales, que resultan de las consecuencias propias del tipo específico de negocio elegido y en realidad acompañan de modo inseparable a este y que operan por prescripción legal independientemente de la voluntad de las partes.

c.1. Nulidad material absoluta

En este sentido se debe hacer mención de la teoría general de la nulidad que se desarrolló sobre la base del derecho romano. De allí que en buena parte los romanistas del siglo antepasado influyeran en los distintos esfuerzos de codificación que se hicieron en Europa y



en América Latina. Fue el Código de Napoleón el que abrió brecha en este y otros campos seguido por el de Chile que influyó en muchas codificaciones latinoamericanas.

En Guatemala en 1931, se da el proyecto del Código Civil que preparó el maestro Federico Ojeda Salazar, que sustituyó el Código de 1877; en este proyecto se reguló lo relativo a la inexistencia del acto jurídico y la nulidad, diferenciando esta última entre absoluta y relativa.

Con la emisión del Código Civil, Decreto 1932 de fecha 13 de mayo de 1933, se reguló lo referente al libro relativo a las Obligaciones y los Contratos. En el proceso de revisión del proyecto entre 1956 y 1964 dejó el concepto “acto jurídico”, para incorporar el de “negocio jurídico”. En el Código Civil vigente, Decreto Ley 106 de Guatemala, la nulidad se encuentra regulada en el Libro V, el derecho de obligaciones.

El derecho en Guatemala tiene un punto de dicotomía; según su legislación, doctrina y jurisprudencia, es la observación entre el derecho público y privado, aquí se ocupará el segundo de ellos, consagrado el interés entre particulares, que es el privado, dentro del mismo se encuentra el derecho Civil, haciendo una mención especial en cada uno de sus contratos, buscando cumplir con los requisitos para que estos sean perfectos ante la norma, caso contrario se da la nulidad absoluta y que versa sobre la invalidez del instrumento en sí, y la relativa lo hace sobre la falta de uno de los requisitos pero que no anulen el contrato; recordando lo que planteará Kelsen, que los casos de nulidad se encuentran fuera del derecho.

Lo anterior coincide con una inexistencia jurídica, la cual algunos afirman que puede incluso tomarse como una categoría autónoma dentro de la invalidez, ante la nulidad y



anulabilidad; de la misma manera Carnelutti, Ascarelli, Giovanni y Galgano, aduciendo la problemática de la teoría general de la invalidez e ineficacia, al no cumplirse determinados requisitos en los contratos, sin embargo, se cree es necesario hacer consideraciones en cada una de ellas con el fin de aportar lo consecuente en cuanto a la existencia o no de un negocio jurídico bajo la premisa de cumplir con los requisitos legales previstos en la norma.

Para Estuardo Gutiérrez y González, los actos nulos son aquellos en los que ciertos elementos de existencia se cumplen, pero de un modo imperfecto.

(...) un acto jurídico es nulo cuando se halla privado de efectos por la ley, aunque realmente haya sido ejecutado y ningún obstáculo natural lo haga inútil. Por tanto la nulidad supone, esencialmente, que el acto podría producir todos sus efectos, si la ley lo permitiese. (Planiol, 1991, p. 15)

Hablar de nulidad es cuando se considera que el acto jurídico es nulo, o sea que presenta una malformación en uno o en todos sus elementos de existencia, pero estos se realizan. Esa malformación puede ser interna, o encontrar su origen fuera del acto, en el medio social que reacciona sobre él. Después, se tiene que el acto jurídico nulo es una realidad, y lo es desde el momento en que ha nacido a la vida jurídica, por imperfecto que sea; efectúa, en tanto que no es destruido, la función de un acto regular.

Por ello, se considera a la nulidad como la que origina la negación de los efectos que son característicos al negocio jurídico, equiparándose así a una no existencia; pero al ser este una creación del derecho, no debiera ser calificado como inexistente sin más, pues ello sería un contrasentido, teniendo por ello razón de ser que la nulidad.



En cuanto a esta nulidad material o absoluta se dice que “es aquella que se origina con el nacimiento del acto; cuando el acto va en contra del mandato o de la prohibición de una ley imperativa o prohibitiva, esto es una ley de orden público” (Gutiérrez y González, 1971, p. 113)

La nulidad absoluta, al igual que la inexistencia es la que se produce cuando le faltan al negocio o acto jurídico uno, alguno o todos sus elementos esenciales enumerados el Artículo 1251 del Código Civil guatemalteco, Decreto Ley 106, al indicar que: el negocio jurídico requiere para que sea válido:

1. Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad.
2. Consentimiento que no adolezca de vicio.
3. Objeto lícito.

Refiere el Código Civil de Guatemala, Decreto Ley 106 en su Artículo 1301, existe nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a las leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia. Los negocios jurídicos que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto ni son revalidables por confirmación.

Se dice que los negocios jurídicos son nulos para alcanzar jurídicamente los fines prácticos que se perseguían como voluntad de las partes. En este sentido, se dice que un negocio es nulo cuando a pesar de la integridad del hecho constitutivo del negocio, no surte sus efectos correspondientes a ese hecho, por virtud de una circunstancia que modifica su contenido.



Asimismo, es la declaración de un contenido de voluntad no real, conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que se ha llevado a cabo.

La nulidad absoluta, puede ser estudiada por su causa y por sus atributos; por su causa la ilicitud es causa de nulidad absoluta, todo acto ejecutado contra el tenor de las leyes de orden público o contra las buenas costumbres, es por regla general, no siempre, nulo absolutamente, por consiguiente, lo primero que se debe observar para averiguar si un acto está afectado de nulidad absoluta, es si el acto es contrario al ordenamiento jurídico.

Por sus atributos además de que sea contraria al ordenamiento jurídico debe observarse que es imprescriptible, inconfirmable y que puede ser invocada por cualquier interesado jurídicamente. La nulidad absoluta, se puede decir que es la verdadera nulidad, ya que, en principio sanciona las prohibiciones legales; es ella la que representa el derecho común, cuando se trata de nulidad, sus efectos se producen habitualmente, la simple anulabilidad que es una excepción que solo se aplica a casos en que este género de nulidad se produce.

Marcel Planiol define a la nulidad de la siguiente manera:

Acto jurídico es nulo cuando se halla privado de efectos por la ley, aunque realmente haya sido ejecutado y ningún obstáculo natural lo haga inútil. Por tanto la nulidad supone, esencialmente, que el acto podría producir todos sus efectos, si la ley lo permitiese. (Flores Arana, 2019, p. 24)



La nulidad absoluta, también dice que, “es aquella que se origina con el nacimiento del acto; cuando el acto va en contra del mandato o de la prohibición de una ley imperativa o prohibitiva, esto es una ley de orden público” (Flores Arana, 2019, p. 25).

Dentro del ordenamiento civil, el Artículo 1302 refiere: “La nulidad puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. Puede también ser alegada por los que tengan interés o por el Ministerio Público”.

Se atribuyen a la nulidad absoluta o de pleno derecho los caracteres siguientes (Aguilar Guerra, 2008, pp. 513-514):

1. No precisa declaración judicial, ni una previa impugnación del contrato ya que opera ipso iure, o de pleno derecho.
2. Cuando, de hecho, haya surgido cierta apariencia negocial, podrá ser útil, y aun prácticamente necesario, ante la resistencia de quien sostenga la validez, solicitar la intervención judicial. Estará legitimado para ello cualquier interesado, haya sido o no parte en el contrato, y aun el causante de la nulidad, incluso podrá apreciarse de oficio por los Tribunales en ciertos casos. La sentencia será meramente declarativa.
3. El contrato nulo no produce efecto alguno.
4. La nulidad es definitiva. La acción para hacerla valer puede ejercitarse en cualquier tiempo, sin que prescriba ni caduque.

Además, se dice que la nulidad absoluta opera de pleno derecho y declara nulo lo que se haya realizado, sin necesidad de intervención judicial, por tanto, no hay que iniciar acción de nulidad; sin embargo, si existieran dificultades sobre la validez del acto, de manera en que se



ponga en duda la nulidad, será necesario promover un juicio, en el que el juez se limitará a comprobar si existe o no nulidad y es posible que la nulidad se declare de oficio por los tribunales. Los caracteres en ausencia de norma legal que definen el régimen de la nulidad o señale las características, la doctrina y la jurisprudencia atiende principalmente a la nulidad por contravención a norma imperativa señala los siguientes caracteres como más relevantes:

- a) No precisa declaración judicial.
- b) Ni una previa impugnación del negocio, ya que opera ipso iure, o de pleno derecho.

En este sentido, deberá apreciarse de oficio por los tribunales en casos en que aparece manifiesta en el acto. La resolución será meramente declarativa, por ser considerada de orden público, la legitimación para alegarla nulidad es otorgada a todas las personas que tengan interés en hacerlo, incluso a la Procuraduría General de la Nación, según el Decreto 25-97 del Congreso de la República, en el Artículo 1 establece:

Salvo en materia penal, procesal penal, penitenciaria y en lo que corresponde a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y en la propia Ley Orgánica del Ministerio Público, en toda norma legal y reglamentaria en que se mencione Ministerio Público, deberá entenderse que se refiere a la Procuraduría General de la Nación.

El contrato nulo no produce efecto alguno: *Quod nullum est nullum producit effectum*, las cosas deben volver a la situación que tendrían si el contrato nunca se hubiera celebrado.

La nulidad es definitiva cuando el paso del tiempo no la sana (*quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convallescere*), es decir, la acción para hacerla valer puede ejercitarse en cualquier tiempo, sin que prescriba ni caduque. De otra parte, tampoco es posible la confirmación, ni forma alguna de convalidación o subsanación.



Todo lo anterior, recogido con escasas variantes de expresión por los autores y repetido en multitud de sentencias (Maza Castellanos, 2007, p. 27)

Al analizar el negocio jurídico debe considerarse que los efectos se reducen a la ausencia de los presupuestos del acto, o bien a los elementos que lo integran. Los primeros son presupuestos de validez y conciernen a las circunstancias que condicionan particularmente la eficacia y cobran relieve en el preciso momento del despliegue de los efectos de él.

Volviendo a mencionar “la capacidad de las partes para efectuar el negocio concreto que se desea, la legitimación del sujeto para producirlo y la idoneidad del objeto para ser materia de la reglamentación que el mismo supone”. (Betti, 1935, p. 166)

En el procedimiento guatemalteco, la nulidad absoluta de un negocio jurídico se decreta respecto de actos que afecten el orden público, cuando los actos sean contrarios a leyes prohibitivas expresas, así como cuando en ellos no concurren o son ausentes, los requisitos esenciales para que exista.

Así, un conjunto completo de los casos de nulidad no es de este lugar, ni tendría utilidad de no ir acompañado de una minuciosa discusión de muchos de ellos. Entre los principales, se mencionan los siguientes:

- a) Los invalidados directamente por la ley.
- b) Haber traspasado las partes los límites de la autonomía privada, la cual infringe norma imperativa o prohibitiva.
- c) Falta de capacidad de las partes.



- d) Los otorgados por incapaces absolutos.
- e) Los llevados a cabo por personas incapaces de ciertos actos o del modo de ejercerlos.
- f) Los que dependen de autorización judicial, fueran celebrados sin ella.
- g) Los que dependiendo de autorización del representante necesario, fueran otorgados sin ella.
- h) Los otorgados por personas a quienes el Código prohíbe expresamente la celebración de determinados actos.
- i) Falta de consentimiento.
- j) Los celebrados por personas que hubieren procedido con fraude.
- k) Falta de objeto.
- l) Indeterminación absoluta del objeto.
- m) Ilícitud del objeto.
- n) Falta de causa.
- o) Ilícitud de la causa.
- p) Expresión de una causa falsa.
- q) Los que dependieren para su validez de la forma instrumental, si resultaren nulos los respectivos instrumentos. (Maza Castellanos, 2007, p. 28)

Dentro del estudio de la nulidad, se da derecho a las personas legitimadas para pretender la declaración, ya sea por medio de la acción o la excepción; una vez declarado nulo el negocio jurídico, se tiene como no ocurridos los efectos que hubiese producido, debe tenerse presente que la sentencia sólo tiene efecto declarativo, ya que la nulidad no deriva de ella sino de la ley, debiéndose regresar las cosas a la condición en la que se encontraban antes de la celebración del mismo.



En cuanto a los efectos respecto de terceros, la sanción de nulidad repercute directamente sobre los derechos emergentes del acto nulo transmitidos a terceros, salvo que estos sean adquirentes de buena fe y a título oneroso, lo cual dará derecho de repetición.

“La nulidad surge cuando la acción para hacerla valer puede ejercitarse en cualquier tiempo, sin que prescriba ni caduque. De otra parte tampoco es posible la confirmación, ni forma alguna de convalidación o subsanación” (Delgado Echeverría, 2005, p. 51).

Los legitimados para el ejercicio de la acción de nulidad, son las partes en el contrato y cualquiera que manifieste un interés legítimo y no existe plazo para ejercitar dicha acción. La nulidad absoluta constituye el supuesto más grave de ineficacia. Se le conoce también como nulidad de pleno derecho. Los negocios jurídicos nulos, es decir, susceptibles de ser atacados de nulidad absoluta, padecen de un defecto que afecta un interés general, entran en conflicto con el orden público, o inobservan requisitos fundamentales para la existencia. Por ello se estima que la ley no puede reconocerles ningún efecto jurídico.

Cuando se dan las circunstancias para que los negocios afectados con este tipo de nulidad no son susceptibles de confirmación. El derecho a pedirla es irrenunciable e imprescriptible, pues en este sentido el vicio siempre existió y no por el paso del tiempo se podrá aducir que no se puede hacer el reclamo correspondiente ante la jurisdicción civil.

En este sentido se toman en cuenta los diferentes pronunciamientos que han asentado la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad, con base en el tema de nulidad absoluta del negocio jurídico:



Con base en el referido fallo, se procede a analizar el hecho controvertido y se advierte que la actora Eunice Ramos Castellanos, demandó la nulidad del negocio jurídico (...) argumentando básicamente que el negocio jurídico contenido en dicho instrumento no fue suscrito por ella y que la firma que lo calza es ilegítima (...).

Al apreciar dichas pruebas, se establece que en la sentencia de amparo el Juzgado que conoció de dicha acción, determinó categóricamente que la firma puesta en la citada escritura pública por Eunice Ramos Castellanos es falsa, conclusión que dedujo del expertaje grafológico realizado por el experto Rodolfo Rosito Gutiérrez, documento que también fue acompañado al proceso... y con ellos se tiene por acreditado, sin mayor esfuerzo intelectual, que en el presente caso concurre una situación generadora de nulidad absoluta, ya que al no ser la legítima propietaria la que otorgó el negocio jurídico contenido en la escritura pública cincuenta y dos, autorizada por el Notario Milton René Sandoval Recinos, el veintiocho de diciembre de dos mil, en realidad le faltan todos los elementos esenciales para la validez del negocio jurídico. (Criterios Jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia. Materia Civil y Contencioso Administrativo, 2010, pp. 6-7)

(...) Ante esa primacía, es claro que cuando un negocio jurídico resulta manifiestamente nulo por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia, el juzgador puede declarar la nulidad absoluta de conformidad con el artículo 1,302 del Código Civil, en apego a lo establecido en el artículo 1,301 del mismo cuerpo legal, que es la norma que configura y determina la nulidad absoluta, es decir, decisoria en el caso que esté juzgando, conforme a los principios y valores que pretende tutelar. En virtud de que la nulidad es manifiesta pues el defecto en que se incurre está determinado por la ley, específicamente en los artículos 8 y 1251 del mencionado cuerpo normativo, los cuales señalan que para que un negocio jurídico tenga validez, requiere que el sujeto que declare su voluntad posea capacidad legal, misma que se obtiene con la mayoría de edad -dieciocho años, y catorce en algunos casos que determina la ley-; tomando en cuenta lo anterior y del estudio de las actuaciones se desprende que Francisco



Corona García... -mandante- tenía ocho años de edad, por lo que carecía de capacidad legal para otorgar o celebrar dicho negocio jurídico (...). (Criterios Jurisprudenciales, Materia Civil y Administrativo, Nulidad Absoluta, 2010, p. 4)

Se hace mención de estos dos fallos por parte de la Corte Suprema de Justicia, en donde se declara la nulidad absoluta, considerando las circunstancias del negocio jurídico, por lo que se considera que esta nulidad se puede reclamar en cualquier momento por la ausencia de uno de los elementos del negocio, o sea el contrato nunca se perfeccionó, es decir, no puede permanecer dentro de la vida jurídica para dar fe de un contrato en donde no hay ninguna parte afectada a la cual se haya afectado su derecho, pues la Cámara Civil, caso la sentencia impugnada, y declara con lugar la demanda de nulidad absoluta del negocio jurídico, el cual está apegada a derecho, con base en los Artículos 1301 y 1302 del Código Civil, que regula que hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia en el mismo sentido el Artículo 1251, enumera los requisitos esenciales que el negocio jurídico requiere para su validez, se encuentra la capacidad legal del sujeto que declara su voluntad y en base al análisis del presente caso no hubo de declaración de voluntad por ser evidente la falsedad.

La nulidad al ser total, según afecte al negocio en su totalidad y es donde se da la distinción siendo tratada de justiniana por parte de la doctrina de este tipo, ejemplo, la *Lex Aelia Sentia*, que declaraba nulas las manumisiones de esclavos hechas por el deudor en fraude de acreedores en base a ser, precisamente correspondiente a este periodo, la tendencia en el negocio inválido en disposiciones distintas y a tratar éstas como independientes.

c.2. Nulidad relativa



Es de considerar su origen histórico se debe a la *restitutio in integrum* del derecho romano, como remedio procesal del derecho pretorio para privar de efectos considerados inicuos a actos perfectamente válidos según el viejo *ius civile*.

En el derecho común se distinguió, principalmente, entre los actos nulos y los rescindibles, se incluyen en estos últimos aquellos que, por cualquier causa, pueden ser atacados por determinado sujeto, sin lo cual producen desde luego plenos efectos.

(...) la nulidad, es pues, aquella situación especial en que se encuentra un negocio jurídico, por cuya virtud puede quedar destruido a consecuencia de una acción de impugnación cuando, no obstante de haber sido válidamente formado, adolece de un grave defecto constitutivo. (Puig Peña, 1957, p. 61).

El *Diccionario de derecho privado*, citado por Contreras Ortiz, define la nulidad relativa o anulabilidad como: “Un negocio jurídico es anulable cuando, aun produce los efectos propios, éstos pueden cesar en virtud de acción judicial ejercitada por quien alega la existencia de vicios o defectos en su constitución” (Contreras Ortiz, 2004, p. 327).

A diferencia de la nulidad absoluta, en la que debe predominar la consideración del interés general, la anulabilidad se establece exclusivamente como una medida de protección de los intereses de la parte contratante que ha sido víctima de su inexperiencia o erros, o de violencia o manejos dolosos.

La nulidad relativa recibe el nombre de anulabilidad, es una clase de invalidez dirigida a la protección de los intereses de determinado sujeto, por lo que únicamente una de las partes



contratantes puede alegarla, y puede optar por convalidar el contrato anulable mediante su confirmación, como lo estipula lo regula el Código Civil.

El ordenamiento civil, refiere las causas o casos de anulabilidad, Decreto Ley 106, según artículo 1303, indica que el negocio jurídico es anulable:

- 1º. Por incapacidad relativa de una de las partes o de una de ellas.
- 2º. Por vicios del consentimiento.

El Artículo 1257 establece: “Es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de: error, de dolo, de simulación o de violencia. La nulidad no puede pedirla o demandarla la parte que hubiera causado el vicio”.

Se analizan a continuación cada una de las causas que pueden producir la nulidad relativa o anulabilidad del contrato.

a) La incapacidad relativa

Aducida a las partes o de una de ellas, pues consiste en la ineptitud para celebrar actos, negocios jurídicos o contratos distintos a los que la ley expresamente les autoriza, la tienen las personas que cumplieron catorce años, pero que aún no han cumplido dieciocho, regulado en el Artículo 8, párrafo tercero del Código Civil que indica que: “Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley”.



b) Los vicios del consentimiento

- **Error:** el error sufrido por el autor de un acto jurídico vicia su voluntad y provoca la voluntad del acto, pero no todo error produce tales efectos jurídicos; es decir, no todo error tiene trascendencia jurídica, en tal sentido se examinan definiciones de diversos autores, con el objeto de analizar y comprender la clase de error que la legislación considera importante.

En este sentido también se define al error “como una creencia sobre algo del mundo exterior, que está en discrepancia con la realidad, o bien es una falsa o incompleta consideración de la realidad” (Flores Arana, 2019, p. 35)

Para Federico Puig Peña,

(...) el error consiste en el conocimiento equivocado de una cosa, bien por ser incompleto, bien por ser inexacto. Implica siempre un defecto de conocimiento del verdadero estado de las cosas y por eso vicia la declaración de voluntad, ya que mal puede quererse lo que no se conoce bien. (1957, p. 42)

La regulación legal se encuentra en los siguientes artículos del Código Civil, Decreto-Ley 106:

El Artículo 1258, clasifica el error en:

Error en cosa, error en persona y error en cuenta, el error en cosa se encuentra regulado en “el error es causa de nulidad cuando recae sobre la sustancia de la cosa que le sirve de



objeto, o sobre cualquiera circunstancia que fuere la causa principal de la declaración de voluntad”.

El error en persona está regulado en el Artículo 1259, “el error sobre la persona sólo invalidará el negocio jurídico cuando la consideración a ella hubiere sido el motivo principal del mismo”.

En el Artículo 1260, se encuentra regulado el error en cuenta, pero éste únicamente da lugar a su corrección.

- **Dolo:** el dolo es considerado como un acto u omisión maliciosa, que pretende aprovecharse de un error ajeno, ya provocándolo o manteniéndolo equivocadamente. Existen diversas definiciones, que se examinan a continuación.

Al dolo, Planiol lo define como todo engaño cometido en la celebración de un acto jurídico, el dolo es: “Cualquier sugestión que se emplee para inducir a error” (1991, p. 29)

Además dicen los diferentes doctrinarios que el dolo es “la maquinación o artificio de que se sirve uno de los contratantes para engañar al otro, que es todo fraude encaminado a arrancar otro el consentimiento de un acto jurídico” (Puig Peña, 1957, p. 37).

La regulación legal se encuentra en los siguientes Artículos del Código Civil, Decreto-Ley 106:



El Artículo 1261, establece: “Dolo es toda sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguna de las partes”. En los contratos es una intención astuta, comúnmente significa mentira o engaño. Civilmente es el engaño para celebrar un negocio jurídico.

- **Violencia o intimidación:** la violencia atenta contra la libertad de los contratantes, en este sentido, se define como

(...) coacción física ejercida sobre un individuo para obligarle a realizar o no realizar un negocio jurídico. Y con respecto a la intimidación: cuando se inspira en uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge. (Puig Peña, 1957, p. 501)

En el ramo civil se entiende a la violencia, que “existe cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de cónyuge, ascendientes, descendientes o de los parientes colaterales”. (Flores Arana, 2019, p. 46)

Marcel Planiol define a la violencia como, “la coacción ejercida sobre la voluntad de una persona, sea por la fuerza material o por medio de amenazas para determinarla a consentir en un acto jurídico” (1991, p. 33)

La regulación legal se encuentra en los siguientes Artículos del Código Civil, Decreto-Ley 106.

En el Artículo 1265, la mencionada ley se establece:



La violencia o intimidación deben ser de tal naturaleza que causen impresión profunda en el ánimo de una persona razonable y 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. Si se trata de otras personas, el juez podrá declarar la nulidad según las circunstancias.

En este sentido, es de considerar que la violencia vicia el consentimiento a través de la coacción ya que a la fuerza no tiene eficacia el negocio jurídico.

El Artículo 1266 indica que: “para calificar la violencia o intimidación, debe atenderse a la edad, al sexo, a la condición de la persona y demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad”.

Es de considerar lo que el Código Civil español vigente indica al hacer la distinción entre violencia e intimidación.

Se dice que hay violencia cuando para erradicar el consentimiento se emplea fuerza irresistible; y que existe intimidación cuando se inspira en uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes. (Rodríguez Velásquez de Villatoro, 1992, p. 69)

Se da el ejemplo de una persona quien actúa como vendedor y este es coaccionado por el comprador que si no vende el bien se le indica que se le dará muerte, por una suma de dinero burlesca, además el vendedor no está interesado en vender en esa cantidad, pero el comprador aduce su necesidad de comprarlo.



En la legislación guatemalteca el efecto de la violencia se encuentra establecido en el Artículo 1264 del ordenamiento civil. “Será ineficaz el consentimiento prestado por violencia o intimidación”, esto indica que es anulable el contrato que contenga este vicio del consentimiento. El negocio jurídico celebrado por violencia, ya sea que provenga de alguno de los contratantes, o de un tercero, es nulo.

- **Simulación:** es otro vicio del consentimiento y se da cuando los contratantes celebran un negocio jurídico con las formalidades requeridas en el mismo, dándole una apariencia diferente causando efectos lesivos a terceros de buena fe y con fines ilícitos.

(...) la declaración de un contenido de voluntad real, emitida conscientemente, y de acuerdo entre las partes para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo. (Flores Arana, 2019, p. 47)

En este sentido, la simulación viene a establecerse en el acto simulado teniendo apariencia contraria a la realidad, porque no existe en lo absoluto, o porque es distinto de como aparece.

La simulación se encuentra regulada en el Código Civil, Decreto-Ley 106, el cual establece en los siguientes artículos:

Artículo 1284:

La simulación tiene lugar:



- 1°. Cuando se encubre el carácter jurídico del negocio que se declara, dándose la apariencia de otro de distinta naturaleza;
- 2°. Cuando las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas;
- 3°. Cuando se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, para mantener desconocidas a las verdaderas interesadas.

El Artículo 1285 clasifica a la simulación en: simulación absoluta y la simulación relativa, al establecer: “La simulación es absoluta cuando la declaración de voluntad nada tiene de real; y es relativa, cuando a un negocio jurídico se le da una falsa apariencia que oculta el verdadero carácter”.

En el Artículo 1286 regula los efectos jurídicos de la simulación relativa, siempre que haya sido demostrada, producirá los efectos del negocio jurídico en cubierto, siempre que su objeto sea lícito.

En cuanto a la simulación, se dio un Recurso de Casación 238-2000, sentencia de fecha 11 de enero de 2001, ha considerado que

(...) si se pretende la nulidad de un negocio jurídico por simulación relativa son dos los hechos sujetos a prueba: la existencia del negocio jurídico simulado y la existencia del negocio jurídico oculto, por estar éste llamado necesariamente a cobrar efectos jurídicos en lugar del negocio simulado.

La exposición de motivos del Código Civil del licenciado Federico O. Salazar, explica los diferentes casos de simulación:



- 1°. Cuando se encubre el carácter jurídico de un acto dándole la apariencia de otro de distinta naturaleza; la persona que recibe a mutuo una cantidad de dinero y es obligada por el acreedor a hacer constar en el documento que la ha recibido en calidad de depósito; el comprador de una cosa que se compromete al pago del 82precio por medio de abonos parciales y que se ve forzado por el vendedor a declarar que el contrato es de arrendamiento.
- 2°. Cuando las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convertido entre ellas: el deudor personal que simula contratos hipotecarios u otros gravámenes sobre sus bienes para librarlos de la ejecución de sus acreedores.
- 3°. Cuando se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, para mantener desconocidas a las verdaderamente interesadas: el juez que compra por interpósita persona los bienes que se venden con su intervención; en el mismo caso, el abogado, el procurador, los expertos, etc.

En los dos últimos casos es manifiesta la simulación absoluta que produce la nulidad absoluta; y en el primero, la simulación es relativa y sólo provoca la modificación de lo convenido en apariencia para darle los efectos que son propios del verdadero acto o contrato encubierto.

El Artículo 1287 indica otro efecto jurídico: “La simulación no anula el negocio jurídico cuando no tiene un fin ilícito ni cauda perjuicio a ninguna persona”.

Legitimación procesal, o sea el que tiene derecho a pedir judicialmente que se anule un contrato, la ley la concede a:

1. Los contratantes, el que sufrió el vicio.
2. Los terceros perjudicados.



Los efectos jurídicos de la nulidad relativa son:

1. Que el negocio jurídico o contrato anulable tiene validez provisional, tal y como lo regula el Código Civil Decreto-Ley 106 en el Artículo 1309: “El negocio que adolece de nulidad relativa surte todos sus efectos mientras en sentencia firme no se declare dicha nulidad”.
2. Que el negocio jurídico o contrato puede ser anulable parcialmente, regulado en el Artículo 1308, párrafo primero del Código Civil Decreto-Ley 106: “La nulidad de una o más de las disposiciones de un negocio jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables”.

Otro tema importante en la nulidad relativa es el de la revalidación, regulado en el Código Civil Decreto-Ley 106, en los Artículos del 1304 al 1307. Los efectos en un contrato o acto jurídico en el que existan vicios del consentimiento se forman y nacen a la vida jurídica, no obstante que el consentimiento esté viciado; existe y produce sus efectos, pero la parte que no ha obrado con plenitud de su libertad o del cual ha sido viciado el consentimiento, por haber sido violentada o engañada, tiene derecho a promover la nulidad del acto realizado.

En este sentido “la nulidad relativa es aquella situación especial en que se encuentra un negocio jurídico, por cuya virtud puede quedar destruido a consecuencia de una acción de impugnación cuando, no obstante haber sido válidamente formado, adolece de un grave defecto constitutivo” (Contreras Ortiz, 2004, p. 327).



Por lo anterior, se determina que la nulidad relativa afecta un interés particular, individual de los sujetos del negocio y, por tanto, el negocio jurídico que la soporte pueden ser revalidado por confirmación, que consiste en la posibilidad que tiene la parte protegida por la nulidad, de darle valor al mismo, haciendo que el negocio sea válido desde el momento en el cual se dictó un acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que está sujeto a una acción de nulidad, reparando, de esa forma, los vicios que contenga; mismos que generalmente constituyen vicios del consentimiento prestado al momento de su celebración.

La menor gravedad o esencialidad de las carencias o vicios del negocio jurídico anulable, en relación con el nulo, hace que la acción de anulabilidad tenga un alcance mucho más limitado que la nulidad absoluta, siendo renunciable y prescriptible.

Dentro del análisis jurídico de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad, con base en el tema de nulidad relativa del negocio jurídico. Se considera la Casación No. 78-2006, sentencia de fecha diecisiete de julio de dos mil seis; en la referida sentencia se evidencia la infracción del Artículo 1251 del Código Civil, al poner de manifiesto que la persona que otorgó el negocio jurídico era menor de edad y no reúne los requisitos establecidos en cuanto a la capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.

La consideración de la sala para establecer que se trata de una nulidad relativa se basa en lo siguiente: es importante establecer que conforme a la ley y a la doctrina, la consideración de la sala al respecto es acertada, pues nadie puede reclamar en contra de sus propios actos,



por lo que existe prohibición expresa para reclamar la nulidad de la parte que provocó el vicio.

Para finalizar, se considera que al celebrarse un negocio jurídico por un menor de edad es anulable por estar viciado el consentimiento del contratante y por no tener la capacidad legal para contratar. Dentro del expediente de Amparo 2027-2008, de fecha 3 de febrero de 2009 de la Corte de Constitucionalidad, constituido en Tribunal Extraordinario de Amparo, interpuesto contra la autoridad impugnada; declaró procedente el recurso de casación por motivos de fondo que plantearon contra la decisión de la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, de revocar la resolución desestimatoria de una excepción previa de caducidad que el Juzgado Quinto de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala, dictó en un juicio ordinario de nulidad absoluta del negocio jurídico.

Los demandados interpusieron excepción previa de caducidad, aduciendo que la nulidad del negocio jurídico pretendida por los actores encuadra entre los supuestos que viabilizan la nulidad relativa de un negocio jurídico, es decir, que dicha nulidad no era absoluta sino relativa, y siendo que el Artículo 1312 del Código Civil, establece el plazo de dos años para promover la nulidad relativa del negocio jurídico a partir de la fecha en que se contrajo la obligación, su acción había caducado.

Tal pretensión fue desestimada por el Tribunal en referencia, mediante resolución de dieciséis de agosto de dos mil seis, al considerarse que la nulidad pretendida era absoluta y que esta es imprescriptible, razón por la cual no procedía la excepción de caducidad; contra esta resolución los demandados interpusieron recurso de apelación que, al resolver, la Sala



Primera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil declaró con lugar mediante auto de fecha treinta de marzo del dos mil siete.

En este sentido, la nulidad planteada como excepción previa era, como afirmaban los demandados, relativa y que, por esa razón, había caducado la acción de los actores para demandar la nulidad del relacionado documento.

Como consecuencia, revocó el fallo impugnado y declaró con lugar el referido medio de defensa, dando por fenecido el proceso; contra dicho pronunciamiento los demandantes interpusieron recurso extraordinario de casación por motivos de fondo ante la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, autoridad impugnada, impugnación que fue declarada procedente en sentencia de veinte de mayo de dos mil ocho acto reclamado, con el argumento de que, en el caso de mérito, no se demandaba una nulidad relativa sino absoluta y que esta era imprescriptible por su especial connotación. Con base en tal razonamiento casó el fallo de segunda instancia y confirmó el de primera instancia

Al determinar la nulidad que produce el defecto del que, según los actores del mencionado juicio, adolece el negocio jurídico que celebraron con la accionante, es absoluta o bien relativa como asegura la postulante. Aquellos aducen que existe simulación de tal negocio, pues lo perfeccionaron como un reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria, cuando en realidad se trataba de una compraventa por abonos.

Se evidencia que los argumentos son congruentes con la doctrina en el sentido de que la nulidad sanciona de forma absoluta o relativa un negocio jurídico, en atención a la gravedad del vicio que contiene y al interés que intenta proteger. Así, la primera nulidad considerada

que es la absoluta se produce en aquellos cuyo objeto sea contrario al orden público o a leyes prohibitivas expresas, o bien, por la ausencia de los requisitos esenciales para su existencia.



En la nulidad relativa responde a aquellos que contengan vicios de la declaración de la voluntad de las partes (error, dolo, simulación o violencia). En el caso particular, el defecto que se le imputa al negocio jurídico cuya anulación se pide es la simulación, misma que constituye, un vicio de la declaración de voluntad que puede tornar, en todo caso, anulable el negocio jurídico o, dicho de otra forma, susceptible de ser atacado por adolecer de nulidad relativa.

Sin embargo, el amparo fue denegado en virtud que no es dable alegar la caducidad de la acción intentada, pues esta, según la norma especial estudiada que hace referencia al Artículo 1288 del Código Civil, es imprescriptible, determinando que no se efectuó ningún agravio de relevancia constitucional causado a la amparista.

La Corte de Constitucionalidad expuso:

La nulidad ha sido prevista en la ley como una sanción jurídica que priva a un negocio jurídico de sus efectos propios, por adolecer de defectos originarios, orgánicos y esenciales, o haber sido celebrado en violación de las formas o requisitos legales necesarios para su validez, a través de un proceso de impugnación o declaración.

Causa la ineficacia del acto, impidiendo que llegue a producir los efectos a los que estaba dirigido o bien, deja de producirlos en un momento dado. Procura la protección de un interés comprometido o vulnerado en el negocio jurídico defectuoso, el que puede ser de



orden público o de carácter particular. Doctrinariamente se han reconocido dos tipos de nulidad: nulidad absoluta y nulidad relativa.

Los efectos comunes que se dan en las diferentes modalidades de ineficacia del negocio jurídico, entre los que figuran la nulidad absoluta y relativa, son los regulados en los Artículos del 1314 al 1318 del Código Civil, pues las partes deben restituirse recíprocamente lo que han recibido y percibido como consecuencia del negocio anulado; además, en los casos en que ambas partes han percibido frutos, productos o intereses, serán compensables hasta la fecha de la notificación de la demanda de nulidad, y desde esta fecha serán restituibles, aunado a ello la devolución de la cosa, declarada la nulidad debe hacerse simultáneamente o en el plazo fijado por las partes o el juez.

Como corolario al presente capítulo, el mismo presenta los dos tipos de nulidades incluidas en el derecho civil: nulidad absoluta y nulidad relativa, necesarias para el adecuado abordaje de la nulidad *ab initio*, que en su conjunto permitirá analizar el tema objeto de esta investigación.





CAPÍTULO IV

4. Nulidad *ab initio*

En términos generales, la nulidad *ab initio*

(...) dentro de la técnica jurídica, la nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos. La nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto. Puede resultar también de una ley. Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las expresamente establecidas en los códigos. (Cabanellas, 1989, p. 587)

El ordenamiento jurídico guatemalteco, como se abordó en el capítulo III, contempla en la rama del derecho civil, dos tipos de nulidades: nulidad absoluta y nulidad relativa. A partir del año 2010, en la Ley de Extinción de Dominio se incluyó el principio de nulidad *ab initio*, considerada en el estudio de este trabajo de tesis.

4.1. Nulidad *ab initio*

Es una nulidad sustancial, que incumbe a los contratos o negocios jurídicos que tengan o hayan tenido por objeto bienes afectados en su origen por una actividad ilícita, entendida como toda aquella tipificada como delictiva, independientemente de cualquier declaración de responsabilidad penal.



En cuanto a lo que refiere a “Ab initio locución latina y española, que equivale desde el principio o desde el comienzo” (Cabanellas, 1989, p. 12). En este sentido, el principio de nulidad *ab initio* es un acto considerado no sucedido y vicioso desde el principio.

4.2. El principio *ab initio*

Este principio surge dentro de la figura de extinción de dominio. En Colombia tuvo lugar tras el nuevo Artículo 30 de la Constitución de 1886, que introdujo la propiedad privada como una función social, con el propósito de poner término al régimen de baldíos, para obligar a sus propietarios a su explotación económica.

Luego aparece la figura de extinción del dominio en la Ley 200 de 1936, por medio de la cual se forzó a los propietarios o poseedores de predios rurales a ejercer posesión sobre los mismos y hacerlos producir, dándose un plazo de tres años. Es bueno recordar que en Guatemala se dio la gran discusión sobre la propiedad en función social, quedando plasmada en el Decreto 900 en cuanto a la reforma agraria, la puesta en vigencia de una ley sobre extensiones de tierras sin cultivar.

Se le atribuye en Colombia, al Ministerio de Justicia y del Derecho, Carlos Eduardo Medellín Becerra, la iniciativa del proyecto de ley, la cual posteriormente se convertiría en la Ley 33 de 1996, al haber sido aprobada, no obstante lo anterior, por diversos motivos no entró en vigencia. “Es hasta la promulgación de la ley 793-2002 denominada la extinción de dominio, que empieza a surtir dicha acción”. (Cano Recinos, 2011, p. 23)



Se debe determinar que un bien o un derecho adquirido por medio de actividades ilícitas, tales como el lavado de dinero o el crimen organizado, puede considerarse como una propiedad legítimamente adquirida o no. Para tal efecto, la Ley de Extinción de Dominio contempla un principio denominado “nulidad *ab initio*” definido así:

(...) se entenderá que toda adquisición o disposición de los bienes o la constitución de patrimonio de origen ilícito o delictivo, a sabiendas de tal calidad o debiéndolo presumir razonablemente, constituye negocio jurídico contrario al orden público y las leyes prohibitivas expresas o se han constituido en fraude de ley, en este sentido los actos y contratos que versen sobre dichos negocios, en ningún caso constituyen justo título y son nulos *ab initio*.

Se debe considerar que la Constitución Política de la República de Guatemala prohíbe en su Artículo 41, bajo el epígrafe de “Protección al Derecho de Propiedad”, dando razón a ser sobre la nulidad absoluta y el principio de nulidad *ab initio*, razón por la que la Ley de Extinción de Dominio es ciertamente una ley ajena al ordenamiento jurídico civilista nacional, pero se determina técnicamente dentro de un sistema jurídico romano-canónico-germánico.

El principio *ab initio* se trata de una acción “*in rem*” o contra cosas y no contra personas y bajo ese argumento se invierten principios tradicionales sobre presunción de inocencia y carga de la prueba en juicio. En el derecho comparado se conoce a las acciones que podrán derivarse de la Ley de Extinción de Dominio como “decomisos sin condena”.

Por lo que el principio *ab initio*, incluido dentro de la Ley de Extinción de Dominio, se considera cuando hay nulidad *ab initio* en las transacciones o actividades relativas a la adquisición de bienes o derechos. Además, pareciera ser que esta ley se enfoca únicamente en



las consecuencias o efectos de la criminalidad más grave del país, y no en sus causas, la razón de ser de las nulidades conocidas dentro del ordenamiento civil.

Se considera que la Ley de Extinción de Dominio, mediante las presunciones y el principio de nulidad *ab initio*, extingue los bienes de las personas que están sindicadas de haber participado en un hecho ilícito que da lugar a la extinción de sus bienes, sin considerar la sentencia absolutoria o condenatoria del órgano jurisdiccional que lo juzgó.

El órgano jurisdiccional de extinción de dominio extingue los bienes del procesado desde el momento en que es detenido, sin importar la sentencia absolutoria que lo beneficie y que el juzgador penal no haya encontrado pruebas contra el sindicado y lo absuelva de la comisión del delito, por lo que al ser absuelto sus bienes ya fueron extinguidos, el procesado no los podrá recuperar, motivo que resulta perjudicial que los bienes de las personas sean extinguidos aplicando el principio de la nulidad *ab initio* y el de las presunciones, pues la aplicación de tales principios no dan seguridad al proceso penal ni a los bienes de los sindicados de la comisión de un hecho delictivo, violándose así los principios de inocencia, el *in dubio pro reo* y el de legalidad.

Se viola el debido proceso, en virtud que en el proceso penal se juzga si el sindicado ha participado en el hecho delictivo, mientras que en el proceso de extinción de dominio se juzga sobre los bienes del sindicado, si existen presunciones para extinguir los bienes, por tal motivo se viola el debido proceso, porque en el proceso penal puede ser absuelto por no existir pruebas en su contra, mientras que en el procedimiento de extinción de dominio no importa la inocencia del sindicado, basta con que haya presunciones para extinguir sus bienes.



El Estado acapara la función punitiva, que no ejerce de manera absoluta sino con sujeción a ciertos límites, entre los cuales se señala el del juicio legal, porque el destinatario de la acción penal tiene sin que pueda ser sorprendido no con un delito y una pena no señalados con anterioridad, ni con un rito desconocido.

Esto quiere decir que el derecho de castigar que tiene el Estado marcha correlativamente con el deber de reglar su proceder dirigido a obtener la verdad y declarar la respectiva consecuencia. Se establece así el proceso para garantizarle a los sujetos procesales, a la víctima y a la sociedad misma, una cumplida y recta justicia, pues el proceso no es solo es garantía para el imputado, sino también para todos los que estén interesados en sus resultados.

El concepto de garantía constitucional se ha entendido como sinónimo de instituciones a la que se otorga rango constitucional para darle mayor jerarquía y protegerlas contra cambios legislativos anárquicos. Lo que se relaciona con las constituciones sumarias y desarrolladas. Las primeras, solo establecen los poderes y sus competencias, en tanto que en las segundas, se incluyen una serie de disposiciones que en otros países, especialmente europeos, corresponden a la legislación ordinaria.

En Guatemala, el Artículo 3 de la Ley de Extinción de Dominio regula el principio de nulidad *ab initio*, el cual señala

Para la observancia y aplicación de la presente Ley, regirán los principios siguientes:

- a. Nulidad *ab initio*. Se entenderá que la adquisición o disposición de los bienes o la constitución de patrimonio de origen ilícito o delictivo, a sabiendas de tal calidad o



debiéndolo presumir razonablemente, constituye negocio jurídico contrario al orden público y a las leyes prohibitivas expresas o se han constituido en fraude a la ley.

En este sentido, se entiende que el principio *ab initio*, dentro de la voluntad de las partes los actos y contratos que versen sobre dichos negocios, en ningún caso constituyen justo título y son nulos *ab initio*. El conocimiento o la presunción razonable sobre el origen ilícito o delictivo de los bienes o sea cuestiones patrimoniales podrá inferir de los indicios o las circunstancias objetivas del caso.

Haciendo un análisis de los presupuestos para establecer el principio de nulidad *ab initio*, se da a conocer dicho principio dentro de los términos siguientes:

- a) En el caso que los bienes se obtuvieron mediante hechos ilícitos.
- b) Cuando las disposiciones de los bienes se deben por la participación en hechos constitutivos de delitos.
- c) Al presumir razonablemente que el sujeto activo ha adquirido los bienes en la comisión de hechos calificados como delitos.
- d) Al constituirse un negocio jurídico contrario al orden público y a leyes prohibitivas o se han constituido en fraude a la ley.
- e) Son nulos los actos y contratos que versen sobre negocios ilícitos.
- f) Al existir indicios que supongan que los actos son de forma ilegal serán objeto de extinción de bienes.

En este sentido, se entiende que por el principio *ab initio* da lugar a la extinción de dominio y se aplica cuando existen indicios o presunciones, lo que no es correcto porque



modernamente se utiliza la sana crítica razonada para juzgar a la persona sindicada de un delito. Además, en todo lo relacionado se menciona que prevalece la comisión de un delito, pero se extinguen los bienes sin esperar que un órgano jurisdiccional dicte sentencia condenatoria para establecer que el sujeto participó en un hecho delictivo. De esta manera se da lugar a la presunción es un supuesto de presumir, es decir, que el juzgador presume como cierto un hecho derivado de otro o de otros

Las presunciones pueden clasificarse en:

- a) Presunciones legales, que son las que autorizan o imperan en determinados supuestos del derecho positivo.
- b) Presunciones judiciales, llamadas también presunciones *hominis*, que son las que el juez realiza, al amparo de una norma legal general, porque su buen sentido se lo aconseja.

En las primeras, la ley recoge el enlace entre un hecho o situación fáctica y otro. En las segundas, el enlace lo forma el juez.

Siendo el trabajo de tesis sobre derecho civil, se considera por presunción la averiguación de un hecho desconocido, deduciéndolo de otro conocido o juicio lógico que liga unos con otros los acontecimientos naturales y humanos para inducir la existencia o modo de ser de un determinado hecho que es desconocido.

Por tal motivo, esta figura jurídica presume, lo que significa sospecha o indicio, pero esta no es evidencia.



La palabra presunción se compone de la preposición *prae* y el verbo *sunco*, que significan tomar anticipadamente; porque por las presunciones se forma o deduce un juicio u opinión de las cosas y de los hechos, antes que éstos se demuestren o aparezcan por sí mismos. (Cabanellas, 1989, p. 69)

Por lo referido las presunciones constituyen en lo civil un medio de prueba legal, inatacable unas veces y susceptible de contraria demostración en otras. Pues son medios de prueba que el juzgador utiliza para llegar a conclusiones cuando la prueba real se ha realizado, por lo que el juez usa la lógica de los supuestos al llegar a emitir un fallo.

En cuanto al principio *ab initio*, dentro de la legislación guatemalteca refiere el Decreto 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala, entró en vigencia para la aplicación de administración de justicia, siendo la misma norma objeto de inconstitucionalidades, es una norma vista de diferentes aspectos, teniendo cuestionamientos sobre la validez constitucional de varios de sus artículos, pues el impulsor de la Ley de Extinción de Dominio fue el Gobierno Federal de los Estados Unidos de América por medio de su Embajada en Guatemala.

Tampoco se debe olvidar que se citan a Colombia y México como ejemplos de países que ya han implementado con cierto éxito este tipo de legislación. Por cierto, en Colombia se dice que la extinción de dominio es compatible con la noción constitucional de la propiedad, pues la consideran en “función social” y en México introdujeron reformas constitucionales para considerar a la extinción de dominio como una excepción válida a la prohibición que la Constitución Federal contiene acerca de la confiscación de bienes. (Cano Recinos, 2011, p. 23)

4.3. Las presunciones legales



En este sentido, se consideran de la mano al principio *ab initio* que conforme el Artículo 6 de la Ley de Extinción de Dominio establece:

Para los efectos de la presente Ley, se presume, salvo prueba en contrario, que los bienes, dinero, producto, frutos o ganancias que hayan sido adquiridos o negociados, en cualquier tiempo, y que estén sometidos o puedan estar sometidos a la acción de extinción de dominio, la cual debe estar fundamentado de acuerdo a lo establecido en los artículos 12 y 13 de la presente Ley, proviene de las actividades ilícitas o delictivas de que se trate.

Se considera el principio *ab initio*, pues la ley presume que los bienes que se extinguen fueron adquiridos en forma ilícita, por lo que procede su extinción, sin tener las pruebas suficientes para proceder al trámite de la extinción, lo que da lugar a no tener certeza jurídica, porque si el órgano jurisdiccional penal le ha seguido juicio por los mismos hechos, se procede a seguir dos procedimientos, uno que es el propio juicio penal y el otro que es sobre los bienes del sindicado, por lo que en el juicio penal puede ser absuelto y declarar que los bienes por los que se le siguió juicio al sindicado se probó que le pertenecen y que fueron adquiridos legalmente.

En la extinción de dominio se le declaran extinguidos los bienes solo teniendo en cuenta las presunciones y dando audiencia a las personas que posiblemente tengan relación con los bienes, pero es necesario recordar que en esta clase de procedimiento las personas no comparecen por el temor que se ejerce al saber del delito por el cual se sigue el procedimiento respectivo.

4.4. Las nulidades de pleno derecho en Argentina



Dentro de la legislación comparada se hará énfasis en Argentina, y se encuentra sobre la nulidad *ab initio* que la figura de la nulidad de pleno derecho es la que se genera o produce por la existencia de vicios de carácter trascendente en el acto administrativo, pero que es lo que se conoce como vicios del acto administrativo.

Según Roberto Dromi,

(...) los vicios del acto administrativo son las faltas o defectos con que éste aparece en el mundo del Derecho y que, de acuerdo con el orden jurídico vigente, lesionan la perfección del acto, en su validez o en su eficacia, impidiendo su subsistencia o ejecución. (2004, p. 404)

En este sentido, la invalidez es la consecuencia jurídica del acto viciado, en razón de los principios de legalidad, justicia y eficacia administrativa. Ahora bien, la gravedad de la invalidez de un acto administrativo no debe medirse por la conducta del agente creador del vicio, sino por la lesión que produzca en los intereses de los afectados y en el orden público y jurídico estatal. Hay una relación de causa y efecto entre vicios y nulidades. Precisamente la nulidad es la consecuencia jurídica que se impone ante la transgresión al orden jurídico. Las nulidades actúan contra de la juridicidad, para el saneamiento del antidercho.

4.4.1. Los vicios jurídicos

Se debe determinar que sobre los vicios de carácter trascendente y esencial en el acto administrativo en la legislación argentina se traen como efecto las nulidades de pleno derecho, no se puede hablar de la existencia de convalidación de los mismos sea por falta de



impugnación oportuna del acto cuestionado o por consentimiento tácito del administrado, pues en primer término, por su naturaleza, los actos nulos no pueden ser objeto de convalidación sino solo los actos anulables; y en segundo lugar, por cuanto dada la trascendencia de los vicios que acarrearán la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo, se entiende que los mismos han de afectar el Orden Público al contravenirse con ellos el ordenamiento jurídico que lo sustenta y el principio de legalidad.

En Argentina se considera la nulidad *ab initio* dentro del Orden Público, por lo que la falta de impugnación por el administrado o el consentimiento de este no puede importar que el vicio incurrido sea convalidado o pasado por alto por la Administración; por último, otro punto que coadyuva a considerar que las nulidades de pleno derecho no pueden ser objeto de convalidación, se encuentra en los efectos de su declaración contemplados en el numeral 12.1 del Artículo 12° de la Ley 274448.

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.



4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

4.5. Las nulidades jurídicas en Colombia

Al considerar sobre las nulidades en otro país latinoamericano, se puede aducir sobre ciertas integraciones con las normas del Código Civil que rigen los contratos y las obligaciones; en el aspecto procesal, instituida para preservar la normal estructura y el desarrollo de la relación jurídica procesal propia del trámite de la acción de extinción del dominio determinando las anomalías contrarias al recto desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional, huelga decir, tiene naturaleza preventiva y protectora; su finalidad es evitar trámites inocuos o lesivos de los derechos y garantías procesales o de los derechos fundamentales; regulada por los principios de taxatividad o legalidad.

En este sentido, se tiene como aplicación residual o medida extrema, trascendencia, convalidación, confirmación o saneamiento, instrumentalidad de las formas, finalista o de la finalidad cumplida, de autoridad, oficiosidad o de prevención, y de seguridad jurídica o de la certeza; sus causales están previstas de manera genérica nulidad virtual, y su alegación exige legitimidad, interés y oportunidad; su trámite y sus efectos se disciplinan por el ordenamiento adjetivo de naturaleza penal.

La nulidad de naturaleza sustantiva protege intereses superiores del Estado y de orden público, se le asigna un efecto sobre la ilegitimidad del título del que se pretende derivar el dominio o cualquiera otro de los derechos patrimoniales, llámense, entre algunos, derechos reales, dentro de ellos el usufructo, uso, habitación, servidumbre; hipoteca, prenda o



retención, derechos personales siendo principales o accesorios, universalidad de derechos de hecho y de derecho, o derechos inmateriales; es una nulidad de principio, que afecta los actos contractuales o negocios que dieron origen a la cadena de apariencias para suponer un título justo y lícito.

La nulidad procesal protege el procedimiento creado para obtener, mediante la sentencia proferida por un juez, la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes relacionados con actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna para el afectado, de los atentados contra las normas rectoras y garantías fundamentales, tales como la dignidad, el derecho a la propiedad, las garantías e integración, el debido proceso, el principio de objetividad y transparencia, la presunción de buena fe, la contradicción, la autonomía e independencia judicial, la publicidad, la doble instancia, la cosa juzgada y la defensa de personas en condiciones de vulnerabilidad, entre otros.

4.5.1. Nulidad sustancial

Dentro de las comparaciones de legislación, Colombia, quien determina a la nulidad *ab initio* en virtud de la cual una vez demostrada la ilicitud del origen de los bienes afectados, buscó establecer el proceso de extinción de dominio, se entenderá que el objeto de los negocios jurídicos que dieron lugar a su adquisición es contrario al régimen constitucional y legal de la propiedad; por tanto, los actos y contratos que versen sobre dichos bienes en ningún caso constituyen justo título y se considerarán nulos *ab initio*.



Buscando determinar sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa, etimológicamente en Colombia adoptan la alocución *ab initio*, que significa “desde el principio”, ablativo de *initium*, “entrada, principio”, relacionado con el verbo *inire*, “para entrar en, entrar o comenzar”. *Ab initio* se utiliza en varios contextos, como el filosófico, pero como término legal se refiere a la invalidez que se presenta o se da en sí, desde el principio o desde el instante de la acción, en algunos sistemas procesales, sin la intervención de un funcionario judicial o de un tribunal que así lo declare. Esta clase de nulidad produce sus efectos de pleno derecho, se trata de una acción, documento o transacción, que no presenta ningún efecto legal, la ley lo trata como si nunca hubiera existido o nunca hubiera ocurrido.

Se considera el término nulo *ab initio* significa ser tratado como no válido desde el primer momento; proviene de la adición de la frase en latín *ab initio* como calificador previo; por ejemplo, si una persona firma un contrato bajo coacción o engaño, el contrato se considera de manera absoluta como nulo *ab initio*, desde su origen.

Los documentos o actos que son nulos *ab initio*, generalmente no se pueden arreglar, de manera que el negocio, el documento o el acto materializado, así afirme en su texto, que está estructurado conforme al rigorismo de la ley civil o la ley comercial, esa declaración es nula, y las fingidas partes vuelven a sus respectivas posiciones al inicio del suceso, esto es, como si nunca hubieran contratado o realizado acto alguno.

Nulo *ab initio* es un calificativo propio de la nulidad absoluta o del acto nulo de manera plena, que suele contrastarse con el concepto de nulidad relativa o acto anulable; conforme al primero, el acto o contrato se predica nulo desde el inicio, en tanto que para el segundo, el acto o convenio es anulable; aquel no siempre exige declaración judicial (depende de cada



legislación), el funcionario se limita a constatar la ausencia de un elemento indispensable para la existencia y validez del acto; este produce sus efectos, hasta que un juez declare la invalidez, valga replicar, es necesaria la declaración judicial de nulidad. Por eso, el acto nulo de manera plena no produce ningún efecto.

El acto es anulable hasta que un juez declare la nulidad; el acto nulo normalmente es declarado como tal, de oficio por el juez; por el contrario, el acto anulable exige petición de parte; la nulidad absoluta se vincula al concepto de orden público, la nulidad relativa al interés privado (Alsina, 1958). Los casos de actos sancionados con nulidad absoluta, los prevé el Artículo 1742 del Código Civil, al disponer que esta invalidez puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y, en todo caso, por prescripción extraordinaria.

La nulidad relativa, propia del acto anulable, está regulada por el Artículo 1743 *ibídem*, y ordena que esta invalidez no puede ser declarada por el juez, sino a pedimento de parte; ni puede pedir su declaración el Ministerio Público por el solo interés de la ley; solo puede alegarse por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios, y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes.

“El acto o negocio nulo ab initio, a manera del nacido muerto, es como si jamás se hubiese realizado. La inexistencia y nulidad de pleno derecho serían sinónimas” (Novoa, 2011, p. 115). La anulabilidad sería predicable de aquellos actos o contratos que realmente



cumplen los lineamientos del Artículo 1502 del Código Civil, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es decir, que sea legalmente capaz, que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita, y de los previstos en el Artículo 1611 ídem, conforme al cual la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las siguientes circunstancias:

Que la promesa conste por escrito, que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el Artículo 1502 del Código Civil, que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato, que se determine de tal suerte el contrato, y que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales; la razón es jurídicamente incontestable: si el acto o negocio es nulo de manera plena, si jamás existió, de él no puede predicarse vicio alguno.

Se hace especial referencia al nuevo Código de Extinción de Dominio colombiano porque jamás nació a la vida jurídica, no obstante su materialidad física plasmada, en un documento privado o en un instrumento público registrado, siendo estos casos los relativos a bienes objeto de extinción del derecho de dominio, que por más visos de legalidad que se les quiera dar, la ineficacia los afecta desde su nacimiento.

Por estas razones fácticas y jurídicas, la Corte Constitucional, recogiendo en un concepto, magistralmente elaborado, las anteriores nociones de la ilicitud de origen de los bienes afectados en el proceso de extinción del dominio, define la acción



(...) como una institución autónoma, constitucional, de carácter patrimonial, que permite al Estado mediante un proceso judicial que no es de carácter penal, rodeado de todas las garantías procesales, desvirtuar el derecho de propiedad de quien dice ostentarlo, debido a que nunca lo ha adquirido en razón del origen ilegítimo y espurio de su adquisición.

La extinción implica que los bienes objeto de la misma pasen a ser propiedad del Estado, el que en virtud de la decisión judicial no debe pagar indemnización o retribución alguna por el bien que recibe. Es una restricción legítima de la propiedad, cualquiera que sea la tendencia que se siga, el juez debe excluir el acto de todo efecto jurídico; los actos y documentos pierden valor solo a partir de la fecha de la declaración judicial, sin que sea incompatible con la expresión nulidad *ab initio*, conforme la cual se consideran esos actos como si nunca hubieran existido, básicamente porque se hace necesario, dada la cultura de lo ilícito en Colombia, que se especifiquen cuáles son los actos, declaraciones, contratos, negocios, registros, entre otros objetos ilícitos, que deben afectarse desde el principio con esta clase de nulidad.

Para que una declaración de esta naturaleza produzca los letales efectos que prevé la Constitución (Artículo 34) y el CED, es imperativo tener en cuenta que en el sistema del Código Civil existe un objeto ilícito: (i) en la enajenación de las cosas que no están en el comercio; (ii) de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; (iii) de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello (Artículo 1521), y (iv) en todo contrato prohibido por las leyes (Artículo 1523). Con relación a la causa, no puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla.



La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente, debiendo entenderse por causa el motivo que induce al acto o contrato, y por causa ilícita, la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público (Artículo 1524). Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa, y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

La sanción con efectos ab initio es de tal naturaleza, que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas (Art. 1525), y los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan, v. gr., renunciando a la acción de nulidad (Art. 1526).

En relación con los requisitos de los objetos de las obligaciones, no solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible, el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público (Artículo 1518)

En este sentido la Corte Constitucional fijó su posición, en el sentido de que la sentencia de extinción de dominio es de naturaleza declarativa, como quiera que ella declara que la persona no es en realidad titular de un derecho de propiedad digno de reconocimiento y protección jurídica, por cuanto el dominio del bien fue adquirido por medios que contravienen los postulados morales básicos sobre los cuales se funda el Estado colombiano.



Como consecuencia de esa declaración, los bienes ilícitamente adquiridos deben pasar al Estado, sin compensación ni retribución alguna, para que ellos sean utilizados en beneficio común. Esa Corporación ha dicho textualmente lo siguiente:

La sentencia mediante la cual, después de seguidos la extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia rigurosamente los trámites legales y una vez observadas las garantías del debido proceso, se declara la extinción del dominio, desvirtúa la presunción de que quien exhibía la titularidad de la propiedad de uno o varios bienes, que se procuró en contra del orden jurídico, la tenía de manera legítima.

Se trata, entonces, de una providencia judicial que no crea a partir de su vigencia el fenómeno de la pérdida de una propiedad que se tuviera como derecho, sino que declara como el artículo 34 de la Constitución lo estatuye claramente que tal presunta propiedad, dado su irregular origen, nunca se hizo merecedora de la garantía ofrecida por la Constitución, ni a la luz del artículo 30 de la Carta Política anterior, ni con arreglo al 58 de la hoy vigente. Estos preceptos han partido del esencial presupuesto de la licitud para cobijar bajo el manto de la legitimidad y la tutela jurídica el derecho alegado por alguien. Resulta, entonces, que la sentencia es meramente declarativa: aquél que aparecía como titular del derecho de propiedad jamás lo fue ante el Derecho colombiano, pues su titularidad estaba viciada desde el principio. (Sentencia José Gregorio Hernández, 1997).

Como corolario al presente capítulo, partiendo del conocimiento de la nulidad *ab initio*, propia de la Ley de Extinción de Dominio, se realizó el análisis de legislación comparada de los países suramericanos de Argentina y Colombia, lo que permite de mejor forma comprender dicha nulidad, con lo que se estima se está en la capacidad de realizar en el capítulo V un análisis comparativo de las nulidades del derecho civil y la nulidad *ab initio*.



CAPÍTULO V

5. Análisis crítico de las nulidades previstas en el ordenamiento civil y principio de nulidad *ab initio*

5.1. Nulidad absoluta y nulidad *ab initio*

Como se plasmó en cada uno de los capítulos anteriores, mencionando lo que es el negocio jurídico, la forma que nace a la vida jurídica y los vicios que pueden considerarse



para alegar por una de las partes la improcedencia de haber surtido los efectos de un contrato perfecto sin vicios, se puede indicar entonces que existen distintas posiciones sobre la estructura de la doctrina de la invalidez sobre la nulidad y la anulabilidad; sin embargo, por lo indicado por otros autores que sostienen al hablar de nulidades que se refieren a la inexistencia, nulidad y anulabilidad, se busca establecer un consenso en que no toda irregularidad produce la invalidez del acto, lo cual implica que media vez sean actos irregulares pueden dar lugar a no surtir efectos jurídicos dentro del contrato entre las partes.

En este sentido, con base en las diferentes sentencias tanto de Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad, se considera y establece la posición sobre determinar las reglas sobre la nulidad que establece el derecho privado y que son aplicables para los actos que se conocen dentro del instrumento público, pues se dice que las figuras estudiadas se adecúan a situaciones muy diferentes que las nacidas en el seno del derecho civil, y ni siquiera aplicándolos en forma análoga sobre el principio de nulidad *ab initio*, considerado en la legislación guatemalteca dentro de la Ley de Extinción de Dominio se obtendrían resultados unánimes en cuanto al análisis de cada una de ellas.

Dentro de la doctrina se encuentra a un expositor que refiere sobre otros campos del derecho importantes de analizar en este punto y como refiere Sayagués, se puede “advertir las diferencias sustanciales entre el campo de acción de la doctrina de la nulidad tanto civil como administrativa” (Sayagués Laso, 1986, p. 500)

El derecho civil guatemalteco hace referencia a contratos y obligaciones en los que prevalece un acuerdo de voluntades entre partes que buscan perfeccionar la voluntad de ellas en el negocio jurídico, sin embargo, se pueden dar irregularidades en declaraciones bilaterales de voluntad.



En el derecho privado se hace referencia a situaciones en los que el interés particular de los contratantes es el que predominantemente se encuentra en juego, mientras que el principio de nulidad *ab initio*, considerado en el derecho público, es el interés de la generalidad de ciudadanos o administrados el que prevalece, según la Ley de Extinción de Dominio que trata sobre este principio. Los contratos realizados entre particulares siempre se puede identificar a los beneficiarios y su tiempo de duración es determinado.

En otras palabras, se niega la procedencia de aplicar los principios del Derecho Civil a la doctrina de invalidez del principio de la nulidad *ab initio*, pues en Colombia y El Salvador se consideran que este principio está previsto dentro de los actos administrativos, fundamentados en el derecho público, en Guatemala se han tenido diferentes criterios inclusive considerándolo dentro del derecho Constitucional, pero los criterios legislativos de regulación tienden a la sanción más dura y por ende esta es la más minuciosamente regulado el principio de nulidad *ab initio* que, como se considera conforme la doctrina, es una nulidad desde el principio del negocio jurídico plasmado en el instrumento público.

Mientras que el principio *ab initio* se establece como la regla general que constituye la sanción más grave, aplicando la nulidad absoluta, por lo que es necesario aplicar los principios del derecho civil a la doctrina de invalidez de los actos vistos dentro del derecho privado, considerados actos inclusive administrativos, fundamentados en que en derecho público

Las instituciones de la inexistencia, nulidad y anulabilidad, tuvieron un mismo origen y es el relacionado con la protección del bien común, pues el Derecho Privado está enfocado a proteger este axioma, lo cual se evidencia en lo que nos decían Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández con respecto al punto de partida de la doctrina privatista, en donde la violación a la



norma es el punto de partida de la legislación que regula las nulidades. (Sayagués Laso, 1986, p. 551)

En este sentido, el estudio de estas figuras jurídicas nace de la concordancia con la norma, y esta a su vez es la herramienta del legislador para proteger al bien común, necesariamente deberemos concluir que las actuaciones privadas siempre estarán dentro de los cauces del bien común siendo la nulidad o anulabilidad la sanción establecida para aquellos que pretendan desbordar estos límites. Un ejemplo de lo expuesto es el hecho de que en el derecho civil cualquier persona puede demandar la nulidad de un acto o contrato y esta legitimación nace de una ley que pretende proteger el bien común, que siempre se verá afectado con la fractura o inobservancia de sus instrumentos.

Aquí es donde se consideran que las dos vertientes tienen un mismo origen, es lógico aceptar que los criterios que ellos manejan, si bien pueden ser distintos, nunca pueden ser excluyentes. Una prueba más de que es correcto aceptar los principios *ius privatistas*, para tratar sobre aspectos relacionados con la teoría de la invalidez de los actos, pues se puede verlo en la aplicación misma de ellos, es así que existe un principio que se adecúa a las dos ramas del derecho considerado como la nulidad absoluta y el principio *ab initio* y es el que reza de la siguiente manera: "*quo ab initium vitiosum est tractu tempore convalescere non potest*" (los vicios de nulidad no se convalidan con el tiempo ni con la voluntad).

5.2. Nulidad absoluta ante nulidad ab initio en derecho comparado

Es de considerar que el derecho comparado se convierte en el alcance y razón de ser de las legislaciones en cuanto a sus diferencias y posibilidades de acercamiento que existan entre



los diversos sistemas jurídicos. Se habla de la nulidad absoluta y el principio *ab initio* con el fin de alcanzar la armonización y unificación progresiva del derecho guatemalteco, buscando alcanzar una idea satisfactoria de las instituciones que se desea conocer o de los sistemas u ordenamientos jurídicos que se confrontan a nivel latinoamericano o bien del derecho en general.

Debiendo recordar que no hay un derecho universal, siendo este diferente entre las comunidades europeas y de América Latina, es importante que, previo a la comparación, se tenga conocimiento de las fuentes jurídicas de cada derecho extranjero, para estar en aptitud de llevar a cabo la confrontación.

Por lo que el uso de la comparación es común a todas las manifestaciones humanas, sean científica, artística, social, confrontando y subrayando las semejanzas y diferencias entre la nulidad absoluta y la nulidad *ab initio*, consideradas en los diversos ordenamientos, auxiliado de códigos, legislación y jurisprudencia.

5.2.1. Las nulidades en Colombia

De aquí surge una de las iniciativas de proponer dentro del reconocido derecho contractual en Latinoamérica principios como lo fue el *ab initio*. Lo cual determina que existe una ineficacia del negocio jurídico en el derecho privado. Esta reflexión describe los elementos fundamentales de la ineficacia del negocio jurídico en sentido y amplio y en sentido estricto, así como su regulación en los Códigos Civil y de Comercio de Colombia.

Dentro de la investigación que funda los aspectos más destacados de las nulidades con el fin de establecer las características de la nulidad como institución propiamente dicha,



estableciendo su origen y evolución histórica, acerca de la noción de una nulidad genérica que se desprende del Artículo 29 de la Constitución Política colombiana y es en este punto, donde convergen dos ramas del derecho: el derecho procesal civil y el derecho constitucional, no sin dejar de mencionar la nulidad procesal como herramienta que propende por la legalidad dentro del derecho penal y el derecho comparado.

En Colombia se dan las causales de nulidad procesal que aparecen desarrolladas de forma taxativa en el Código General del Proceso, derivada de la causal genérica desarrollada en el artículo 29 de la Constitución Política Colombiana. En este sentido Carnelutti, se refería al concepto de proceso indicando que este es “la suma de los actos que se realizan para la composición del litigio” (Carnelutti, 1944, p. 398); por lo que esta definición, resalta la importancia de los actos procesales.

Las nulidades procesales vician exclusivamente a los mismos actos. Haciendo referencia al derecho procesal, en su obra el autor Liebman afirma:

Las normas que componen el ordenamiento jurídico se distinguen en normas primarias (sustanciales o materiales), que regulan directamente las relaciones que se establecen entre los hombres en su vida de relación; y normas secundarias o de segundo grados (o instrumentales, denominadas también formales), que tienen por objeto la vida y el desenvolvimiento del mismo ordenamiento, del cual regulan la formación y el desarrollo. Estas últimas son, por eso, normas que tienen por objeto otras normas; derecho sobre derecho: entre las normas de la segunda categoría distinguimos todavía las relativas a la producción jurídica, que regula los procesos de creación, modificación o extinción de las normas jurídicas y las relativas a la actuación jurídica, las cuales regulan los modos de actuación en concreto del contenido de las normas jurídicas. (1980, p. 26)



En este sentido, en Colombia consideran que se tiene que la Ley que está conformada por una Ley Sustancial y una Ley Procesal, estas totalmente independientes y autónomas en aplicación, sin embargo, deben estar en armonía y sincronización para cumplir con el objeto de la ley, considerando la ley Procesal en materia Civil para conocer Nulidades Procesales

En Colombia se considera como función primordial de toda nulidad es salvaguardar la legalidad de los actos, función que se desprendería de lo dispuesto en los Artículos 1681, 10 y 11 del Código Civil, sumado al régimen de obligatoriedad de la ley de los Artículos 6 y 7 del mismo cuerpo. En este sentido, la nulidad siempre opera por vulneración de una norma legal, incluso la nulidad relativa que la doctrina deja supeditada al interés particular, además la nulidad siempre sirve al interés general, incluso nuevamente la nulidad relativa, como es común que se explique la nulidad relativa

Se menciona en Colombia que no es coherente sostener que la nulidad relativa, dentro de otras cosas, proteja a ciertos incapaces y la vez sirva al interés privado. Ya que el interés general es, precisamente, el cumplimiento de la ley, lo que parece ser una explicación unitaria y más convincente que la tradicional.

Se refiere a ello Jorge Baraona sobre la nulidad: “Contiene una función sancionatoria que tiene por objetivo reprimir los actos que no se ejecutan de conformidad a la ley por otro, hay una función preventiva de actos que no se ejecuten de acuerdo con la normativa vigente”. (2008, p. 67)

En ese sentido, las diferentes Cortes colombianas, en lo que respecta a las nulidades, se han referido de la siguiente forma:



Las nulidades consisten en la ineficacia de los actos procesales que se han realizado con violación de los requisitos que la ley ha instituido para la validez de los mismos; y a través de ellas se controla la regularidad de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso. Si bien se puede tildar de antiética la norma acusada en cuanto se refiere a la invocación de la nulidad dentro del recurso de casación, no por ello la norma es inconstitucional, por cuanto su regulación pertenece al ámbito de la competencia discrecional del legislador. (Sentencia Nulidades, Becerra Carvonell. Antonio, 1994).

Con base en lo referido en el Artículo 29 de la Constitución Política colombiana, para comprender qué es una nulidad y qué referencia hace con la Ley como se referencia dentro de un proceso, se tiene que como nulidad en su definición general la Corte ha reiterado la definición en varias Sentencias, en las que se ha demandado una o varias normas que hablan acerca de las nulidades o donde se ha visto conveniente que esta corporación emita un concepto para aclarar cualquier tipo de duda que sobre un articulado o una legislación completa se tenga.

Las nulidades consisten en la ineficacia de los actos procesales que se han realizado con violación de los requisitos que la ley ha instituido para la validez de los mismos; y a través de ellas se controla la regularidad de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso. Si bien se puede tildar de antiética la norma acusada en cuanto se refiere a la invocación de la nulidad.

En diferentes pronunciamientos la Sala de Casación Civil colombiana ha manifestado, con alguna suerte de sutileza, su sentir en cuanto al reconocimiento de los diversos temperamentos de la ineficacia, en tanto ya distinguía diversas concreciones de la ineficacia negocial, en particular, la nulidad, inexistencia, resolución.



La nulidad absoluta en cuanto la noción de esta viene en sus efectos a confundirse con la inexistencia del contrato; no porque en la naturaleza de las cosas el concepto de nulidad que implica vicio concomitante al acto, sea idéntico al de inexistencia, proveniente más bien de omisión de elementos esenciales. Sirve esta distinción para fundar una diferencia en la manera de apreciar en los fallos la nulidad y la inexistencia.

La primera, si es manifiesta, puede y debe ser declarada de oficio cuando dicha declaración se requiera para decretar las restituciones que se hayan demandado y á [sic] que haya lugar por causa de tal declaración. La segunda, la inexistencia, se reconoce para donar efectos al contrato que legalmente no la tiene; pero no será objeto de especial declaración sino cuando ella se ha pedido en la demanda. El Juez no puede estimar existente un contrato y menos hacerle producir efectos cuando se le ha comprobado que legalmente no se ha perfeccionado; pero no hará la declaración de su inexistencia en la parte resolutive sino cuando sea manifiesta la omisión que impidió la perfección del contrato, ó [sic] cuando se le haya pedido, en demanda. (Nulidad Absoluta, 1982)

En ese sentido, la inexistencia del negocio jurídico es la ausencia de los elementos esenciales del mismo. Debe entenderse por elemento esencial bajo la égida del negocio jurídico inexistente, a lo cual, en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, debe considerarse la letra de la disposición del Artículo 1501 del Código Civil colombiano, de conformidad con el cual “son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente”; y, en el ámbito mercantil, inexorablemente, debe tenerse en cuenta lo dictado por el inciso 2° del Artículo 898 del Código de Comercio colombiano, según el cual: “será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”.



En este sentido se considera la nulidad dentro del derecho privado, dando lugar a la nulidad *ab initio*, refiriendo que la nulidad de naturaleza sustantiva protege intereses superiores del Estado y de orden público, se le asigna un efecto sobre la ilegitimidad del título del que se pretende derivar el dominio o cualquiera otro de los derechos patrimoniales, llámense, entre algunos, derechos reales (usufructo, uso, habitación, servidumbre; hipoteca, prenda o retención), derechos personales (principales o accesorios), universalidad de derechos (de hecho y de derecho) o derechos inmateriales; es una nulidad de principio, que afecta los actos contractuales o negocios que dieron origen a la cadena de apariencias para suponer un título justo y lícito.

En el Código colombiano de Extinción de Dominio, en su Artículo 22, consagró la nulidad *ab initio*, en virtud de la cual una vez demostrada la ilicitud del origen de los bienes afectados en el proceso de extinción de dominio, se entenderá que el objeto de los negocios jurídicos que dieron lugar a su adquisición es contrario al régimen constitucional y legal de la propiedad; por tanto, los actos y contratos que versen sobre dichos bienes en ningún caso constituyen justo título y se considerarán nulos *ab initio*.

Lo anterior, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa. Etimológicamente la alocución *ab initio* significa “desde el principio”, ablativo de *initium*, “entrada, principio”, relacionado con el verbo *inire*, “para entrar en, entrar o comenzar”. *Ab initio* se utiliza en varios contextos, como el filosófico, pero como término legal se refiere a la invalidez que se presenta o se da en sí, desde el principio o desde el instante de la acción, en algunos sistemas procesales, sin la intervención de un funcionario judicial o de un tribunal que así lo declare.



Esta clase de nulidad produce sus efectos de pleno derecho, se trata de una acción, documento o transacción, que no presenta ningún efecto legal, la ley lo trata como si nunca hubiera existido o nunca hubiera ocurrido.

El término nulo *ab initio* significa ser tratado como no válido desde el primer momento; proviene de la adición de la frase en latín *ab initio* como calificador previo; por ejemplo, si una persona firma un contrato bajo coacción o engaño, el contrato se considera de manera absoluta como nulo *ab initio*, desde su origen. Los documentos o actos que son nulos *ab initio*, generalmente no se pueden arreglar, de manera que el negocio, el documento o el acto materializado, así afirme en su texto, que está estructurado conforme al rigorismo de la ley civil o la ley comercial, esa declaración es nula, y las fingidas partes vuelven a sus respectivas posiciones al inicio del suceso, esto es, como si nunca hubieran contratado o realizado acto alguno.

Por eso, el acto nulo de manera plena no produce ningún efecto:

(...) el acto anulable sí, hasta que un juez declare la nulidad; el acto nulo, normalmente es declarado como tal, de oficio por el juez; por el contrario, el acto anulable exige petición de parte; la nulidad absoluta se vincula al concepto de orden público, la nulidad relativa al interés privado. (Alsina, 1958, p. 237)

En este sentido, para la Corte Constitucional el derecho a la propiedad en Colombia solo es reconocido por el ordenamiento jurídico y protegido por el Estado, cuando ha sido adquirido a través de trabajo honrado y conforme a las leyes civiles que lo regulan:



El derecho de propiedad que la Constitución garantiza en su artículo 58 es el adquirido de manera lícita, ajustada a las exigencias de la ley, sin daño ni ofensa a los particulares ni al Estado y dentro de los límites que impone la moral social. Nadie puede exigir garantía ni respeto a su propiedad cuando el título que ostenta está viciado, ya que, si contraría los postulados mínimos, jurídicos y éticos, que la sociedad proclama, el dominio y sus componentes esenciales carecen de legitimidad. (Sentencia C-374, 1997)

Como corolario de lo anterior puede sostenerse que la persona que ha adquirido el dominio de un bien por medio de conductas que contravienen el ordenamiento jurídico, que causan daño al Estado o a otros particulares, o que provocan un grave deterioro de la moral social, no es verdadero titular de un derecho de propiedad digno de reconocimiento ni protección. Esta persona solo es titular del derecho de dominio en apariencia, ya que ante la ilegitimidad de su origen, en realidad este derecho nunca fue merecedor de reconocimiento jurídico. Por esta razón, la Corte Constitucional ha fijado su posición, en el sentido de que la sentencia de extinción de dominio es de naturaleza declarativa, como quiera que ella declara que la persona no es en realidad titular de un derecho de propiedad digno de reconocimiento y protección jurídica, por cuanto el dominio del bien fue adquirido por medios que contravienen los postulados morales básicos sobre los cuales se funda el Estado colombiano. Y como consecuencia de esa declaración, los bienes ilícitamente adquiridos deben pasar al Estado, sin compensación ni retribución alguna, para que ellos sean utilizados en beneficio común.

5.2.2. Las nulidades en México

Dentro del derecho comparado se considera al Estado mexicano ya que según su teoría general del derecho es una ciencia formal, pues se ocupa de las formas, relativamente



constantes, por oposición a los contenidos, relativamente variables, de la experiencia jurídica. La dogmática jurídica mexicana, en específico la civil, dice que la ineficacia del acto jurídico consiste en que la ley lo prive de efectos, en realidad invalidez de ineficacia, la inexistencia, la nulidad, la anulabilidad.

Planiol, respecto de la Teoría de las Nulidades, plantea la dogmática civil francesa. Apunta que se tienen tres palabras a disposición, a saber: “anulable, nulo e inexistente. La primera, designa al acto anulado por sentencia; la segunda, al que lo es por disposición de la ley; y, la última, a un acto que la ley no necesita anular porque no llegó a existir” (1991, p. 149).

Quiere decir lo anterior, por una parte, que la dogmática en cuestión sí admite la inexistencia y, por la otra, que ella se opone a una nulidad dual, que comprende casos en que la ley priva al acto de efectos, y otros en que la privación sobreviene de la decisión judicial.

La nulidad sanciona los actos ejecutados contraviniendo leyes prohibitivas, propiamente, por consecuencia no es necesario ejercer acción, ya que la ley ha declarado nulo al acto, solo en caso de controversia sobre la validez. La nulidad es inmediata, invalidando al acto tan luego se realiza, no pueden producirse los efectos de este; la nulidad no puede prescribir, la regla: “*Quod nullum est nullo lapsu temporis convalescere potest*”. Por último, “un acto es inexistente cuando carece de un elemento esencial para su formación y de tal manera que el acto no pueda concebirse sin él”.

Los elementos esenciales en mención son de dos clases, uno común a todos los actos, la voluntad, y otras variantes según las diversas especies de actos. No se precisan caracteres específicos, pero sí la distinción entre la inexistencia y la nulidad; escribe “así entendida, la



inexistencia es totalmente distinta de la nulidad. Cuando un acto es inexistente, la ley no necesita anularlo; es un acto que realmente no se ha hecho y que sólo existe en apariencia, siendo precisamente esta apariencia lo que se discute.”

La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana ha sostenido que las diferencias entre inexistencia y nulidad son puramente teóricas, en la jurisprudencia, célebre:

(...) nulidad e inexistencia, sus diferencias son meramente teóricas. Aun cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal emplea la expresión “acto jurídico inexistente”, en la que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio Código da a las inexistencias, es el de las nulidades.

Según puede verse de las situaciones previstas por los artículos 1427, 1433, 1434, 1826, en relación con el 2950 fracción III, 2042, 2270 y 2774, en las que teóricamente, se trata de inexistencias por falta de objeto, no obstante, el código las trata como nulidades, y en los casos de los artículos 1802, 2182 y 2183, en los que, la falta de consentimiento originaría la inexistencia, pero también el Código los trata como nulidades.

La jurisprudencia solo es utilizable entre los actos inexistentes y los nulos son puramente teóricas, es decir, en las que se dé en algunos casos teóricamente de inexistencia, una solución legal que no distinga a la inexistencia misma, de la nulidad, en este sentido asume que las diferencias entre inexistencia y nulidad son puramente teóricas, no opone “teórico” a “práctico”, sino a “legal”; desde el punto de vista práctico, pudiera parecer que entre inexistencia, nulidad y anulabilidad, no existen diferencias y, de hecho, parece que no se las reconoce en los tribunales, en que recurrentemente se alega la nulidad de ciertos actos, aun



cuando las bases fácticas en que la respectiva demanda se funda, originen la calificación del acto de inexistente, de nulo, o de anulable, indistintamente.

El Alto Tribunal ejemplifica con el sistema del Código Civil para el Distrito Federal, que las soluciones en este se divorcian de la teoría, esto es, de la doctrina, tratándose de la distinción tripartita, entre actos inexistentes, nulos y anulables. Se llama nulidad a la inexistencia; se debe hacer las observaciones siguientes: el consentimiento, el objeto y la causa son necesarios para la existencia del contrato, pero no toda imperfección del consentimiento, del objeto y de la causa implica la inexistencia del contrato; así el consentimiento puede estar viciado por el error, la violencia, el dolo.

En tal caso existe el contrato, pero es válido, está afectado de nulidad como si las partes no hubiesen sido capaces. Acontece lo mismo con el objeto ilícito. El contrato existe pero no es válido, otra cuestión ha surgido. Por ello, la doctrina clásica, fundada en el Artículo 1108, y observándolo, afirma que de los cuatro elementos enumerados para la formación del contrato, tres son condiciones de existencia y el último una condición de validez. Por otra parte, en derecho la sanción de la incapacidad siempre es la nulidad relativa y nulidad absoluta.

Es de mencionar no solo la doctrina sino también la jurisprudencia mexicana y refiere sobre la inexistencia, nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad, a más de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia indicando que

(...) nulidad no existe de pleno derecho. Si no hay disposiciones expresas en las leyes y para los casos que ellas comprendan, nuestra legislación no autoriza que se reconozca la existencia de



nulidades de pleno derecho, sino que las nulidades deben ser declaradas por la autoridad judicial en todos los casos y previo el procedimiento formal correspondiente.

En cuanto a la nulidad absoluta y la relativa, se distinguen en que la primera no desaparece por confirmación ni por prescripción, es perpetua y su existencia puede invocarse por todo interesado. La nulidad relativa en cambio no reúne estos caracteres. Sin embargo, en ambas el acto produce provisionalmente sus efectos, los cuales se destruyen retroactivamente cuando los tribunales pronuncian la nulidad.

Entre la nulidad absoluta y la inexistencia las diferencias son conceptuales y simplemente teóricas, y sus sanciones son semejantes. Si por actos inexistentes debe entenderse, aquellos que adolecen de un elemento esencial, ya sea el consentimiento o el objeto, y que no reúnen los elementos de hecho que suponen su naturaleza o su finalidad, y en ausencia de los cuales, lógicamente es imposible concebir su existencia.

Por lo que se refiere a los actos jurídicos viciados de nulidad absoluta, puede sostenerse que son aquellos en que el acto se ha realizado de manera imperfecta, aunque sus elementos esenciales se presenten completos, ya que al haber sido celebrados sin observar las reglas imperativas establecidas en la ley, carecen de perfección conforme a las normas previstas para garantizar la defensa del interés general o de orden público, y así asegurar la protección de un interés privado; es indudable que, atento lo anterior de conformidad con los Artículos 2078, 2079 y 2080 del Código Civil del Estado mexicano, el acto jurídico que adolezca de objeto o de consentimiento, o haya ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición, no es susceptible de valer ni desaparecer por confirmación, cuyos vicios pueden invocarse por todo interesado, a efecto de prevalecer contra los mismos.



En tal virtud, al ser iguales las sanciones para tales actos, por consistir en que no pueden engendrar alguna consecuencia jurídica, pues aunque produzcan provisionalmente ciertos efectos, las diferencias entre nulidad absoluta e inexistencia, son puramente conceptuales y teóricas, de acuerdo con la doctrina. En ese sentido, el acto jurídico que se califica inexistente, se califica así por quedar en el supuesto de una norma que lo determina y le atribuye ciertas consecuencias. La inexistencia, entonces, resulta ser la consecuencia jurídica de la ejecución del acto, en los hechos.

México considera la nulidad *ab initio* dentro de la enunciación de las nulidades del acto administrativo, debe pues partir de algunos supuestos conforme la teoría de las nulidades estudia las consecuencias o sanciones que corresponden al acto administrativo antijurídico.

Considerando el principio *ab initio* dentro una clasificación de los vicios de los actos administrativos, para asignar a cada uno una consecuencia jurídica determinada, sin embargo, se trata de una tarea absolutamente fuera de la realidad, condenada *ab initio* al fracaso. Por de pronto, es patente que el decreto-ley no tiene siquiera lógica interna, pues enumera como causal de nulidad prácticamente a todos los vicios posibles del acto administrativo, tanto que introduce una cláusula residual por la cual cualquier “violación de la ley aplicable”, por lo que el Estado de México se conoce únicamente la nulidad absoluta y la relativa conforme la vieja escuela, no considerando el principio *ab initio* como lo conocen otros países de Latinoamérica.

5.2.3. Las nulidades en Chile



También considerada la nulidad absoluta y la nulidad relativa que dependen de la naturaleza de la norma violada y del interés tutelado por la norma infringida:

(...) si es público, la nulidad será absoluta; si es privado, la nulidad será relativa. La nulidad absoluta no es susceptible de ratificación o confirmación; para algunos es imprescriptible y, para otros, no se sana por un lapso inferior a diez años. (Alessandri Besa, 1998, p. 676);

puede ser declarada de oficio por el Juez, al decir de la ley, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato.

Estas circunstancias no se dan respecto de los actos viciados de nulidad relativa, que son confirmables o ratificables, prescriptibles y solo puede ser declarada a petición de la parte en cuyo beneficio está establecida. Las nulidades deben interpretarse restrictivamente, son de derecho estricto y en caso de duda debe optarse por la validez del acto jurídico. No es admisible la declaración de la nulidad por la nulidad misma, sino que debe existir un interés legítimo afectado por el acto impugnado, pudiendo incluso, declararse por el solo interés de la moral y de la ley.

En el campo del derecho societario, el principio de conservación del acto jurídico tiene motivaciones similares a las de la doctrina civilista, pero este se manifiesta de una forma más rigurosa, pues sus necesidades son más apremiantes, por lo cual, en algunos casos, se han establecido plazos muy breves de saneamiento, a fin de proteger los contratos celebrados con terceros y evitar al máximo situaciones de irresponsabilidad. En el derecho comparado, la legislación uruguaya, establece que todas las nulidades, con excepción de las producidas por objeto o causa ilícitos, pueden ser subsanadas.



En Uruguay el régimen de invalidez común propio de los contratos bilaterales solo se aplica en forma supletoria. Es decir, las normas contractuales generales solo pueden aplicarse si son compatibles con el sistema societario y en el silencio de esa legislación. En el derecho chileno la nulidad por objeto ilícito, causa ilícita o un objeto prohibido, en este supuesto prima por sobre el derecho societario el derecho común y la sanción a las sociedades con objeto ilícito o causa ilícita o que tengan un objeto prohibido en razón del tipo de sociedad son nulas de nulidad absoluta.

La ley dispone que la declaración de oficio de nulidad absoluta del acto jurídico debe hacerse en la sentencia definitiva y no en una resolución que no tiene esta naturaleza jurídica, por los recursos mediante los cuales pueda impugnarse, dada la importancia de esta institución y la trascendencia de los efectos que se producen por la declaración de nulidad, que equivalen a la muerte del contrato, como se señalaba en lo precedente.

El Artículo 1683 del Código Civil, aun sin petición de parte, le da a la norma un significado restrictivo diverso a aquel que siempre se ha entendido, el cual es, que el Tribunal puede declarar la nulidad de oficio, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato lo hayan pedido o no las partes litigantes.

Al referirse a las Limitaciones a la facultad del juez de declarar de oficio la nulidad absoluta, se refiere a este fallo y establece como segunda limitación que El Tribunal de segunda instancia no puede declarar de oficio una nulidad absoluta que fue rechazada en la sentencia de primera instancia sin que se apelara de esa decisión. Señala al respecto que esta limitación a la facultad que tiene el juez para declarar de oficio la nulidad absoluta, cuando aparece de manifiesto, ha sido igualmente reconocida por la jurisprudencia. (Alessandri Besa, 1998, p. 548)



Las nulidades de aplicación en el derecho privado están expresamente normadas en los Artículos 1681 y 1682 del Código Civil, que entró en vigencia en 1857.

El Artículo 1681 indica:

Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

A su vez el Artículo 1682 regula:

La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Asimismo, existe nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

De acuerdo con el Artículo 1683,

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede a si mismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés



de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de diez años.

De acuerdo con el Artículo 1684,

La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso o por la ratificación de las partes.

La Corte nombrada de Concepción acogió la nulidad relativa dicha; pero no se limitó a resolver esta cuestión, sino que entró a considerar, además, la nulidad absoluta que podía afectar al contrato constitutivo de la sociedad, y estimando el viciado este de dicha nulidad, por la misma causa que sirvió de base a la primera petición de la demanda, esto es, por adolecer del objeto ilícito que antes se ha expuesto, procedió a declarar de oficio, en la sentencia recurrida, nulo de nulidad absoluta, el indicado contrato de sociedad.

5.3. Análisis crítico de legislación comparada nulidad absoluta y nulidad *ab initio* en América Latina

Esta visión de la nulidad sobre la base de sus funciones, a entender del sustentante, hace más comprensible el estudio del régimen anulatorio tanto en las legislaciones que se estudiaron como lo son la de Colombia, México, Chile y Guatemala, sabiendo que cada una de las normas precisas nubla la idea de que se encuentra implícito en el sistema de nulidad, es decir, el por qué ciertos actos deben ser anulados.



Sobre la nulidad absoluta, asumen los países considerados posturas diferentes, pero coincidiendo que la nulidad absoluta opera de pleno derecho. Esto diferenciaría aún más los dos tipos de nulidades, por lo que la operatividad de la nulidad absoluta y la función de la sentencia tiene consecuencias prácticas.

La explicación tradicional señala que la sentencia del juez es declarativa y ello daría lugar a las acciones restitutorias. Pero esto no se dice con la idea que un acto que era válido *ab initio* (por lo menos presumiblemente) pase luego, por la sentencia, a ser nulo. En realidad, sucede que el acto siempre fue nulo (o por lo menos anulable).

Esto, según Jorge Barahona, confirmaría que la nulidad absoluta opera de pleno derecho y sería afín con el régimen restitutorio del Código, y con el régimen común en el derecho extranjero. Un segundo punto de interés es el saneamiento de la nulidad por el transcurso del tiempo, porque la nulidad absoluta en derecho comparado no prescribe o la sanción equivalente.

La nulidad absoluta *ipso jure* con la eficacia de la nulidad relativa, que sí requiere de sentencia judicial, que tal como lo apunta, la nulidad en ciertos casos toma el nombre de relativa, ya que en solo algunos pueden valerse de ella y en otros no, a diferencia de la absoluta, que en general cualquiera puede aprovecharse de ella siempre que tenga interés.

Se considera, en conclusión, que nulo *ab initio* es un calificativo propio de la nulidad absoluta o del acto nulo de manera plena, que suele contrastarse con el concepto de nulidad relativa o acto anulable; conforme al primero, el acto o contrato se predica nulo desde el



inicio, en tanto que para el segundo, el acto o convenio es anulable; aquel no siempre exige declaración judicial depende de cada legislación, el funcionario se limita a constatar la ausencia de un elemento indispensable para la existencia y validez del acto; este produce sus efectos, hasta que un juez declare la invalidez, valga replicar, es necesaria la declaración judicial de nulidad.

Por esta razón se considera en Guatemala lo que el maestro Rubén Alberto Contreras Ortiz, en su obra *Obligaciones y negocios jurídicos civiles (Parte General)*, define como nulidad absoluta, radical o *ab initio*: es la que se produce cuando le faltan al negocio jurídico uno, algunos o todos sus elementos esenciales, en cuyo caso es correcto decir que el negocio no llegó realmente a formarse jurídicamente; o cuando en su celebración se violó un mandato o prohibición de la ley, en cuya circunstancia es acertado afirmar que el negocio sí llegó a formarse, sí llegó a nacer, pero su vida es completamente inútil porque no va a producir ninguno de los efectos jurídicos que las partes buscan.

En este sentido, cuando un negocio jurídico resulta manifiestamente nulo por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia, el juzgador puede declarar la nulidad absoluta de conformidad con el Artículo 1302 del Código Civil, en apego a lo establecido en el artículo 1,301 del mismo cuerpo legal, que es la norma que configura y determina la nulidad absoluta, es decir, decisoria en el caso que esté juzgando, conforme a los principios y valores que pretende tutelar.

Pues todo negocio jurídico es ineficaz cuando carece totalmente de efectos o consecuencias que normalmente deberían haberse producido en virtud de la celebración del



negocio, la ineficacia es una sanción que se impone como consecuencia de la infracción de los preceptos contenidos en la norma jurídica.

La doctrina y la legislación civil guatemalteca establece que las clases o modalidades de ineficacia son: nulidad absoluta, nulidad relativa, rescisión, resolución, revocación y revisión.

En Guatemala, en cuanto a la nulidad *ab initio*, se comprueba que los actos y contratos que se refieran a negocios de bienes o patrimonio de origen ilícito, o delictivo, contrario al orden público y a las leyes, o bien, se han constituido en fraude a la ley, se consideran nulos desde el principio y no constituirán justo título y las disposiciones contenidas en la ley, se aplicarán e interpretarán de preferencia sobre las contenidas en cualquier otra ley. Por lo que el principio de nulidad *ab initio*, contenido en la Ley de Extinción de Dominio, Decreto 55-2010 del Congreso de la República, en el Artículo 3, inciso a); esta normativa ordinaria guarda total relación con los preceptos constitucionales de la nulidad *ab initio*.

Para culminar con el estudio crítico sobre la nulidad considerada en el ordenamiento legal guatemalteco, conviene recordar que en la nulidad absoluta, por la naturaleza de la causa, la raíz de la ineficacia es siempre producida por la ley absoluta o relativa, o bien por voluntad rescisión voluntaria o consensual, ya que el momento en que se considera podrá ser al inicio o final, surtiendo efectos temporales o definitivos, refiriéndose si estos se encuentran sometidos a condiciones suspensivas en el caso de la temporal.

Como refirió Contreras Ortiz sobre la nulidad absoluta,

(...) es la que se produce cuando le faltan al negocio jurídico uno, algunos o todos sus



elementos esenciales, en cuyo caso es correcto decir que el negocio no llegó realmente a formarse jurídicamente; o cuando en sus celebración se violó un mandato o prohibición de la ley, en cuya circunstancia es acertado afirmar que el negocio sí llegó a formarse, sí llegó a nacer, pero su vida es completamente inútil porque no va a producir ninguno de los efectos jurídicos que las partes buscaban. (2004, p. 305)

Por lo que se considera que en la nulidad absoluta se dan dos supuestos en relación con lo anterior:

- a) que el negocio jurídico nunca nació a la vida jurídica y que, por lo tanto, no puede producir los efectos jurídicos esperados al momento de celebrar el negocio jurídico;
- b) que el negocio jurídico nació jurídicamente, pero el mismo carece de utilidad dando lugar a que no produzca efectos jurídicos.

Aquí es donde, por su parte, la Ley de Extinción de Dominio se refiere al primer supuesto referente a que el negocio jurídico nunca nació a la vida jurídica por ser nulo desde su inicio y, como consecuencia, no produjo sus efectos jurídicos, por lo que dichos contratos o actos según lo que establece son nulos desde su origen.

La Exposición de Motivos del Código Civil, en el numeral 7 del libro V, señala:

(...) para que exista legalmente un acto jurídico es indispensable la concurrencia de persona capaz que consiente y de objeto lícito entendiéndose como lícito no sólo una cosa que no está fuera del comercio, sino que el acto no tenga por objeto al contrario al orden público o a leyes prohibitivas.



Además, es necesario en ciertos actos o contratos la observancia de las solemnidades prescritas para su existencia. La falta de alguno de estos elementos hace inexistente el acto y su nulidad es, por tanto, absoluta.

El Código Civil contempla en el Artículo 1301 que la nulidad absoluta del negocio jurídico se produce por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales en su existencia; es decir, que el negocio jurídico no cumple con los requisitos esenciales que señala ese cuerpo normativo, tales como:

- a) la falta de capacidad legal de las partes, es decir que cuando alguna de las partes no tenga capacidad de ejercicio para celebrar el negocio jurídico, tal el caso de una persona declarada en estado de interdicción;
- b) consentimiento que no adolezca de vicio (error, dolo, violencia y simulación);
- c) objeto lícito, refiriéndose a que este sea contrario al orden público o a leyes prohibitivas expresamente, en tal sentido el negocio jurídico se encontraría revestido de nulidad absoluta, al no cumplir con los requisitos esenciales para su existencia.

Por lo que los negocios que adolecen de este tipo de nulidad no producirían efectos jurídicos, ni serían revalidables aun confirmándolos; es decir, que las partes no podrían subsanar, aun por convenio, el negocio jurídico. Por lo anteriormente expuesto, los negocios jurídicos que se producen a sabiendas de que los bienes que se negocian provienen de una actividad delictiva o ilícita corren el riesgo que se declaren que adolecen de nulidad de forma permanente.



Asimismo existe la posibilidad que esos actos o contratos, aunque tengan apariencia de legalidad corran la misma suerte. La nulidad ab initio equivale a una forma de nulidad absoluta y su regulación en la Ley de Extinción de Dominio es congruente con lo establecido en el Artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial, en el cual dispone: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

Aunado a ello,

(...) los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigna un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideran ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Por lo anterior, de conformidad con la Ley de Extinción de Dominio, no cabría afirmar la existencia de derechos adquiridos sobre un bien si este fue obtenido como producto de actuaciones al margen de la ley. Si bien es cierto que en la legislación guatemalteca existen disposiciones que respetan los derechos adquiridos, la noción no debe ser concebida en forma ilimitada. Para comprender lo expuesto, conviene traer a cuenta el pronunciamiento que sobre este tema ha expresado la Corte de Constitucionalidad en la sentencia del 26 de junio de 1991:

(...) el derecho adquirido existe cuando se consolida una facultad, un beneficio o una relación en el ámbito de la esfera jurídica de una persona por el contrario, la expectativa de derecho es la esperanza o pretensión de que se consoliden tales facultades, beneficios o relaciones, en ese sentido el derecho se adquirió pero no ha creado una situación jurídica concreta, no se ha incorporado en el ámbito de los derechos del sujeto.



Al hacer un estudio comparativo de la nulidad absoluta y el principio de nulidad ab initio considerado en la Ley de Extinción de Dominio, regula el principio referido; sin embargo, es necesario tener en cuenta que este no tiene operatividad siempre, todo depende de cada caso en concreto, pues puede darse el supuesto que alguna de las partes o bien un tercero haya ignorado el origen ilícito o delictivo del bien adquirido. En tal caso, la aplicación indiscriminada del principio puede, causar un daño o detrimento al patrimonio del tercero adquirente de buena fe.

La aplicación de la extinción de dominio puede vincular a terceras personas de tal manera se recalca que se debe analizar el caso de terceros de buena fe que han adquirido bienes y que puedan verse afectados; para ello, la Ley de Extinción de Dominio establece que, una vez es admitida para su trámite la petición, esta, así como su resolución, deben ser notificadas a las personas interesadas e igualmente a los que pudieran verse afectados.

En congruencia con lo expuesto, el Artículo 10 de la Ley de Extinción de Dominio en el numeral 4, establece lo siguiente:

(...) toda persona que por las actividades ilícitas o delictivas previstas en la presente ley, hubiere sido afectada en sus derechos o bienes, podrá reclamar como tercero interesado dentro del procedimiento de acción de extinción de dominio, cuando ésta ponga en riesgo la recuperación de sus bienes o el pago de la indemnización que le corresponda como daños y perjuicios, y el juez o tribunal resolverá en la resolución definitiva conforme a la prueba y los porcentajes correspondientes.



Con respecto de la privación de los bienes producto de actos delictivos y que pueden estar en poder de terceras personas, considerando que el ordenamiento jurídico debe velar por las circunstancias propias del caso, determinando a quien corresponde la titularidad de los derechos sobre el bien. Con relación a lo antes expuesto, conviene citar a Calabresi y Melamed que señalan:

(...) toda vez que, dentro de un Estado se presentan conflictos de intereses entre dos o más personas, o dos o más grupos, es éste quien debe decidir a qué parte favorecer. Si tal decisión faltara, el acceso a los bienes, servicios y a la vida misma sería decidido sobre la base de el poder crea el derecho. (1992, p. 63)

Para concluir, entre la nulidad *ab initio* y nulidad absoluta, la primera vista como principio y la segunda considerada una institución en el derecho civil, pues si se entiende que en el derecho civil la regla general en la teoría de la invalidez es que todo acto viciado es nulo, nulidad absoluta y por excepción es anulable nulo relativamente, la regla de las nulidades presuntas o implícitas parecería propio de esta rama del derecho y ajena a la penal, administrativa o constitucional como lo han considerado en Colombia, en México administrativa, en Chile consideran a la nulidad absoluta dentro del derecho público, a la nulidad relativa dentro del derecho privado y la nulidad *ab initio* la recalcan dentro de la concepción del negocio.

En este sentido, las causales de nulidad absoluta consideradas en el Decreto Ley 106 como hechos específicos, dada la trascendencia de la sanción. Así, la mención de las nulidades en diferentes países de América Latina sirve para evidenciar una nueva diferencia entre las causas de nulidad en el derecho civil y un instituto jurídico como la nulidad *ab initio*.



Como corolario a este capítulo, el presente se constituye como el objetivo principal de la investigación planteada, que permitió establecer las diferencias sustanciales entre las nulidades absoluta del derecho civil y la nulidad *ab initio*, propia de la Ley de Extinción de Dominio.



CONCLUSIONES

1. La hipótesis del presente trabajo fue comprobada por el investigador, por cuanto el principio *ab initio* establece que los actos y contratos que se refieran a negocios de bienes o patrimonio de origen ilícito o delictivo, o contrario al orden público se considerarán nulos desde el principio y no constituirán justo título, determinándose la nulidad absoluta, sin judicializarlo en la vía penal.
2. Se determina que el principio *ab initio*, considerado dentro de la extinción de dominio, es un instituto de derecho sustancial de naturaleza mixta, siendo una consecuencia civil de las actividades ilícitas sustentada en normas objetivas de las causales de origen ilícito y de bienes equivalentes.
3. Se estipula que la nulidad absoluta de naturaleza civil, se relaciona con la naturaleza de la extinción de dominio por contener causales de origen ilícito, pues permite sustentar algunas de las características que permiten definir la identidad del instituto, como la intemporalidad, pues al reconocer que la extinción de dominio no es una pena.
4. Se considera que la nulidad *ab initio* tiene una relación a la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, puede concluirse que esta constituye un instituto jurídico *sui generis* que posibilita al Estado accionar ante los órganos jurisdiccionales para hacer cesar todo derecho real de dominio, así como derechos reales conexos sobre bienes que sean producto de actividades ilícitas o delictivas, posee una naturaleza jurídica propia diferente a otros



institutos jurídicos que afectan el dominio de la propiedad de una persona, no estando dentro de una concepción penal.

5. Se estima que la nulidad absoluta en Guatemala está considerada dentro del derecho privado, promovida a instancia particular, sin embargo, con reales similitudes, la nulidad *ab initio* referida en la competencia para promover la acción de extinción de dominio es atribuida al fiscal general de la República y jefe del Ministerio Público; por lo que se establece que no se tiene competencia, debido a que la Constitución Política de la República de Guatemala únicamente le reconoce la competencia para ejercer la acción penal, por lo que tomando en cuenta su naturaleza jurídica de la extinción de dominio, no puede considerarse como manifestación de una acción penal, considerando que en su caso la Procuraduría General de la Nación debe velar por el interés del mismo estado y quien debe conocer en cuanto a la nulidad *ab initio*.



BIBLIOGRAFÍA

- A. e. (2019). *Conceptos Jurídicos*. <https://www.conceptosjuridicos.com/capacidad-juridica/>
- Aguilar Guerra, V. (2008). *El Negocio Jurídico*. Editorial Hispalense.
- Alessandri Besa, A. (1998). *Nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno*. Editorial Ediar.
- Alsina, H. (1958). *Las nulidades en el proceso civil*. Editorial E.J.E.A.
- Baraona González, J. (2008). *La acción redhibitoria como acción de nulidad*. Editorial Legal Publishing.
- Bautista, A. (2019). *Teoría del Mandato*.
<http://www.diccionariojuridico.mx/definicion/teoria-del-mandato/>
- Betti, D. (1935). *Istituzioni di Diritto romano. Tomo I*. Editorial Robleada.
- Cabanellas, G. (1989). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Editorial Heliasta.
- Calabresi, G. y. (1992). *Reglas de Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad*. Editorial Grafitextos, S. A.
- Cano Recinos, V. H. (2011). *Extinción de dominio*. Editorial Magna Terra.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho procesal civil*. Editorial Alcalá-Zamora y Castillo, y S. Sentís Melendo.
- Castán Tobeñas, J. (1982). *Derecho civil español*. Editorial Reus.
- Contreras Ortiz, R. A. (2004). *Obligaciones y negocios jurídicos civiles (Parte General)*. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar.
- De Resk., L. (1985). *Tratado de las nulidades jurídicas*. Editorial Edisur.
- Delgado Echeverría, J. (2005). *Las nulidades de los contratos*. España: DYKINSON, S.L.
- Díez-Picazo. (1995). "Resolución". *Enciclopedia Jurídica Básica, IV*. Editorial Pamplona.
- Dromi, R. (2004). *Derecho Administrativo*. Editorial Argentina Drom.
- Fernandez Casado, M. (1895). *Tratado de notaria*. Editorial SLI Madrid.
- Flores Arana, L. H. (2019). *La nulidad que regula el ordenamiento jurídico guatemalteco en materia civil*. www.biblioteca.usac.edu.gt/t
- Gimenez Arnau, E. (1976). *Derecho notarial*. Editorial Navarra.
- González, C. (1971). *Derecho notarial*. Editorial La ley. S.A.
- Gutiérrez y González, E. (1971). *Derecho de las obligaciones*. Editorial Cajica.
- Kaser, M. (1968). *Derecho romano privado*. Editorial Española de Santa Cruz.
- León, L. L. (2005). *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos en el ordenamiento civil*. Editorial Palestra.
- Liebman, T. (1980). *Manual de derecho procesal civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Maza Castellanos, G. E. (2007). *Tesis "Análisis jurídico de la implicación en el negocio jurídico de la nulidad formal y la necesidad de diferirla con la nulidad negocial para la interposición de la demanda de nulidad"*. USAC.
- Mejía Orellana, B. (2000). *Curso de derecho notarial IV*. USAC.
- Muñoz, N. R. (1998). *El Instrumento Público y el documento notarial*. Editorial Llerena.
- Muñoz, N. R. (2009). *La forma notarial en el negocio jurídico* (6a ed). Editorial Infoconsul Editores.
- Nación, D. L. (2019). Crisis en países latinoamericanos por narcotráfico. *La Nación*.
<https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/ley-extincion-dominio-tendencia-crece-paises-latinoamericanos-nid2196768>
- Najera Farfan, M. E. (2006). *Derecho Procesal Civil*. Editorial CENADOJ.



- Novoa, V. N. (2011). *Nulidades en el procedimiento penal. Actos procesales y acto prueba*. Editorial UNODC.
- Orellana Donis, E. G. (2007). *Derecho Civil III, IV, V* (1ª ed). Editorial Orellana Alonso y Asociados.
- Ossorio, M. (1981). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Editorial Heliasta.
- Pelosi, C. A. (1897). *El documento notarial*. Editorial Astrea.
- Pérez Fernández del Castillo, B. (1995). *Derecho notarial*. Editorial Porrúa.
- Planiol, M. (1991). *Tratado elemental de derecho civil patrimonial*. (2a ed). Editorial Ofeas.
- Puig Peña, F. (1957). *Tratado de derecho civil*. (2a ed). Editorial Madrid.
- Puig, F. (1996). *Compendio de Derecho Civil*. Editorial Nauta.
- Robles Farias, D. (2018). *Teoría General de las Obligaciones*. Editorial Oxford.
- Rodríguez Velásquez de Villatoro, H. V. (1992). *Lecturas Seleccionadas y Casos de Derecho Civil IV*. Editorial Cooperativa de Ciencia Política R. L.
- Salazar O. Federico. (1965). *Código Civil con Exposición de motivos*. Editorial Gómez Robles.
- Sayagués Laso, E. (1986). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*. Editorial Martín Bianchi Altuna Maldonado.
- Torres Vásquez, A. (2008). *Teorías del Negocio Jurídico*. Editorial IDEMSA.
- Villarreal, M. L. (2012). Derecho Privado. *Revista de Derecho Privado* (22), 171.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional (1997) *Sentencia José Gregorio Hernández, Sentencia C-374*.
- Corte de Constitucionalidad (1982) *Nulidad Absoluta, 2000-2005*.
- Corte de Contitucionalidad (2015) *Sentencia de apelación de amparo, expediente 4822-2014*.
- Corte de Constitucionalidad (2016). *Sentencia de Apelación de Amparo, expediente 4945-2015*.
- Corte de Constitucionalidad (2018) *Inconstitucionalidad en Caso Concreto, 1248-2018*.
- Corte Constitucional de Colombia (1994) *Sentencia Nulidades, Becerra Carvonell. Antonio, C-394 de 1994*.
- Corte Suprema de Justicia (2010) *Criterios Jurisprudenciales, Materia Civil y Administrativo, Nulidad Absoluta, 51-2008*.
- Corte Suprema de Justicia (2010) *Criterios Jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia. Materia Civil y Contencioso Administrativo. Casación No. 418-2009*.



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Guatemala, 28 de septiembre de 2020

Doctor:

Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Posgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
-USAC-

Distinguido doctor Cáceres Rodríguez:

Con base en su solicitud expresa en la carta a mi persona con fecha veintitrés de septiembre de dos mil veinte, en donde se me pide dictamen gramatical; y, según los Artículos 7, 9 y 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Le informo que el licenciado: **WERNER ELIÚ GODÍNEZ LÓPEZ**, de la **Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de gramática, ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis, cuyo título final es: **ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD AB INITIO**.

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica, que llene las exigencias de la técnica jurídica y los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea, para el conocimiento.

Dicho trabajo, presenta las partes mínimas requeridas en el instrumento legal *supra* anotado, según lo establece la Escuela de Estudios de Posgrados. De esta forma, el sustentante, ha referido con el modelo de la Asociación Americana de Psicología –APA– en su séptima edición, las fuentes bibliográficas, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación.



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS

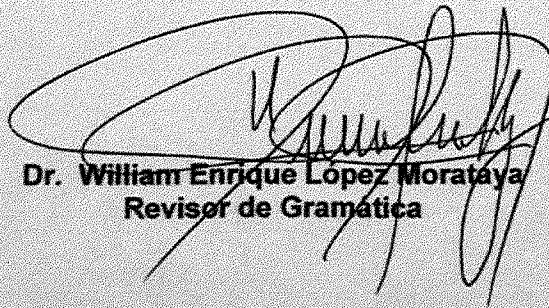
La metodología, técnicas y doctrinas que el estudiante y su parte asesora presentaron, fueron respetadas en su totalidad y ningún planteamiento fue conculcado para mantener el fundamento teórico original del documento presentado.

De esta manera se procedió con la revisión, exclusivamente en lo que corresponde a la gramática, ortografía, redacción y estilo, para comprobar que el cuerpo capitular contenga los requerimientos y extensión mínimos; con ello, se adecuó la diagramación pertinente y cotejaron las referencias del índice, los títulos y subtítulos, la parte conceptual introductoria, las conclusiones y recomendaciones, según los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"



Dr. William Enrique López Morataya
Revisor de Gramática

weim
c. c. interesada/o, archivo.