

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure on horseback, a crown above, and two lions on either side. The shield is flanked by two columns. The outer ring of the seal contains the Latin text "CAETERAS OBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER".

**INVALIDEZ DEL CONTRATO DE SERVICIOS  
PROFESIONALES UTILIZADO  
PARA TERGIVERSAR LA RELACIÓN DE TRABAJO**

**BYRON PRIMITIVO DE LEÓN GONZÁLEZ**

GUATEMALA, JUNIO 2006

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

**INVALIDEZ DEL CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES UTILIZADO  
PARA TERGIVERSAR LA RELACIÓN DE TRABAJO**

TESIS

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

Por

**BYRON PRIMITIVO DE LEÓN GONZÁLEZ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, junio 2006



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

**DECANO:** Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana  
**VOCAL I:** Lic. César Landelino Franco López  
**VOCAL II:** Lic. Gustavo Bonilla  
**VOCAL III:** Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez  
**VOCAL IV:** Br. José Domingo Rodríguez Marroquín  
**VOCAL V:** Br. Edgar Alfredo Valdez López  
**SECRETARIO:** Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Napoleón Orozco Monzón  
Vocal: Lic. Byron De la Cruz López  
Secretario: Lic. Rafael Morales Solares

**Segunda Fase:**

Presidente: Lic. Héctor René Granados  
Vocal: Lic. Edwin Nevil Trejo Carrillo  
Secretaria: Lic. Ronald David Ortiz Orantes

**NOTA:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

**LIC. JOSÉ LUIS GUERRERO DE LA CRUZ**  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
**COL. 5621**



Guatemala, abril 17 de 2006

Licenciado

**Mario Ismael Aguilar Elizardi**  
**Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**  
**Ciudad Universitaria.**

Respetable Señor Decano:

De conformidad con el nombramiento emitido por esa Decanatura, con fecha veintisiete de enero del año dos mil cuatro, en el que se dispone nombrar al suscrito como Consejero de Tesis del Bachiller **BYRON PRIMITIVO DE LEÓN GONZÁLEZ**, y para lo cual informo:

El postulante presentó el tema de investigación **"INVALIDEZ DEL CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES UTILIZADO PARA TERGIVERSAR LA RELACIÓN DE TRABAJO"**.

De la revisión practicada al trabajo de tesis presentado por el Bachiller De León González, puede concluirse en que el tema abordado fundamenta su importancia en la consideración que hace el sustentante, relativa a la invalidez del contrato de servicios profesionales que es utilizado constantemente por el Estado como patrono, para encubrir las relaciones de trabajo que se generan con sus trabajadores.

Por lo anterior, estimo que el trabajo presentado por el sustentante cumple con los requisitos exigidos por la reglamentación, en cuanto al enfoque del tema, por lo que previa adecuación de los contenidos del trabajo a lo normado en el Instructivo General para la Elaboración y Presentación de Tesis, que norma lo relacionado a la estructura del trabajo, ortografía, citas bibliográficas, capítulos, paginación preliminar y conclusiones y recomendaciones, considero que el trabajo presentado por el Bachiller De León González, debe continuar su trámite, a efecto de que se nombre al revisor de la tesis presentada, con mi **DICTAMEN FAVORABLE**.

**JOSÉ LUIS GUERRERO DE LA CRUZ**  
**ABOGADO Y NOTARIO**

6ª. Ave. "A" 14-62, zona 1. Of. 4  
Cel. 5208 9175

UNIVERSIDAD DE SAN  
CARLOS  
DE GUATEMALA



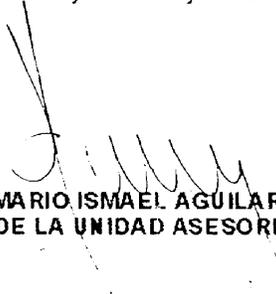
FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES



**UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, diecinueve de abril de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (A) CÉSAR LANDELINO FRANCO LÓPEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **BYRON PRIMITIVO DE LEÓN GONZÁLEZ**, Intitulado: **"INVALIDEZ DEL CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES UTILIZADO PARA TERGIVERSAR LA RELACIÓN DE TRABAJO"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público..

  
**LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS**



cc. Unidad de Tesis  
MIAE/slh

**LIC. CÉSAR LANDELINO FRANCO LÓPEZ**  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
**COL. 4695**



Guatemala, abril 25 de 2006



Licenciado  
Mario Ismael Aguilar Elizardi  
Jefe de la Unidad de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Ciudad Universitaria.

Respetable Licenciado:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa Jefatura, el día diecinueve de abril del presente año, en el que se dispone nombrar al suscrito como Revisor del trabajo de tesis del estudiante BYRON PRIMITIVO DE LEÓN GONZÁLEZ y para lo cual rindo el siguiente dictamen:

El trabajo de tesis presentado por el estudiante De León González se intitula "Invalidez del contrato de servicios profesionales utilizado para tergiversar la relación de trabajo".

De la revisión practicada, se establece que el trabajo cumple con todos los requisitos exigidos por la reglamentación universitaria vigente y se dirige al estudio de la invalidez del contrato por servicios por profesionales, que desde hace unos años acá, se ha utilizado para tergiversar la relación de trabajo, y más que eso, encubrir la verdadera figura del contrato de trabajo. De lo señalado por el postulante, se constata que la fundamentación de la investigación es real, por cuanto efectivamente, es la figura del contrato de materia civil de servicios profesionales, el que se utiliza para desvirtuar el contrato de trabajo. Esto supone, como bien lo señala el postulante, la práctica de una serie de situaciones anómalas que van desde el obligar al trabajador a inscribirse como contribuyente y obtener la autorización para expedir facturas, hasta el hecho mismo de obligarlo a que acepte presentarse con una calidad que no posee, que es precisamente la de prestador de

*Lic. César Landelino Franco López*  
ABOGADO Y NOTARIO

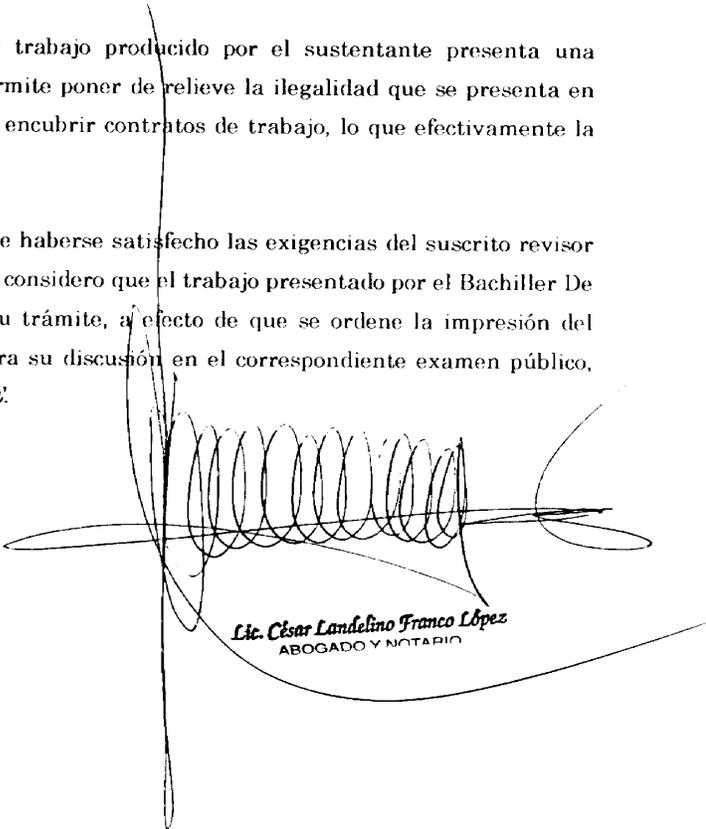
**LIC. CÉSAR LANDELINO FRANCO LÓPEZ**  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
**COL. 4695**



servicios profesionales, pues la casi totalidad de los casos que actualmente se documentan con contratos de servicios profesionales, presentan a un prestador de servicios profesionales sin la calidad de profesional liberal que es, dicho sea de paso, un presupuesto indispensable para la existencia de aquel contrato.

De tal cuenta, considero que el trabajo producido por el sustentante presenta una investigación importante, que permite poner de relieve la ilegalidad que se presenta en la utilización de esta figura para encubrir contratos de trabajo, lo que efectivamente la convierte en un contrato inválido.

Por todo lo anterior y en virtud de haberse satisfecho las exigencias del suscrito revisor derivadas del examen del trabajo, considero que el trabajo presentado por el Bachiller De León González, debe continuar su trámite, a efecto de que se ordene la impresión del mismo y se señale día y hora para su discusión en el correspondiente examen público, con mi *DICTAMEN FAVORABLE*.



*Lic. César Landelino Franco López*  
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN  
CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y  
SOCIALES.** Guatemala, diecisiete de mayo de dos mil seis. -

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del (a) estudiante **BYRON PRIMITIVO DE LEÓN GONZÁLEZ**, titulado **INVALIDEZ DEL CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES UTILIZADO PARA TERGIVERSAR LA RELACIÓN DE TRABAJO**, Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis. -

~~INAE/SH~~





## DEDICATORIA

- A DIOS: Ser supremo, que con su luz divina, ilumina el camino que Él me ha trazado.
- A MIS PADRES: Belisario Arcángel de León Castillo y Armanda Marina González de De León. Ejemplo de superación y trabajo, en sus manos entrego los laureles de mi triunfo.
- A MI ESPOSA: Sandra Maribel Laparra Gómez de De León. Por haber coadyuvado a mi superación, con paciencia, amor y comprensión, como una recompensa a sus esfuerzos.
- A MIS ADORADOS HIJOS: Byron Arturo, Ximena Montserrat y Hugo Gustavo, Luceros que han iluminado mi vida, motivo de mi superación.
- A MIS HERMANOS: Víctor Hugo (+), Miriam Lily, Karen Ivonne y Adrián Belisario. Sea mi triunfo, el suyo.
- A MIS SUEGROS CUÑADOS Y CUÑADAS: Reconocimiento a su constante apoyo moral.
- A MI FAMILIA EN GENERAL: Con todo respeto y cariño.
- A LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Por proporcionarme la oportunidad de hacerme un profesional.
- A MI ASESOR DE TESIS: Lic. José Guerrero De la Cruz
- A MI REVISOR DE TESIS: Lic. César Landelino Franco López
- A MIS PADRINOS: Lic. Jorge Luis Nufio Vicente  
Lic. Octavio Augusto Ortiz Domínguez  
Lic. José Daniel Ochoa Morales  
Ing. Willy René Juárez González  
Dr. Herman Manfredo Juárez González
- A USTED: Que me honra con leer la presente.



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. El consentimiento como elemento esencial del contrato y sus principios	1
1.1. Elementos del contrato.....	1
1.2. Definición del consentimiento.....	4
1.3. Ausencia de consentimiento.....	8
1.4. Formación del consentimiento.....	10
1.5. Principios que fundamentan la existencia del contrato.....	11
1.5.1. De posibilidad.....	11
1.5.2. De licitud.....	13
1.5.3. De capacidad.....	14
1.5.4. De veracidad.....	16
1.5.5. De libertad.....	17
1.6. Principio fundamentales en la vigencia del contrato.....	20
1.6.1. La relación jurídica.....	20
1.6.2. De la buena fe.....	22
1.6.3. De cooperación.....	23
1.6.4. Exactitud del cumplimiento.....	28
1.6.5. Exactitud en cuanto al tiempo.....	29
1.6.6. Exactitud en cuanto al lugar.....	30
1.6.7. Exactitud en cuanto a la forma o modo.....	31
1.6.8. Exactitud en cuanto a la sustancia del contrato.....	32



## CAPÍTULO II

2.	La forma como elemento de validez de los contratos.....	35
2.1.	Clasificación de los contratos en cuanto a su forma.....	35
2.2.	Manifestación del consentimiento.....	37
2.3.	Consentimiento expreso y tácito.....	38
2.4.	Silencio.....	42
2.5.	La forma como elemento de validez del contrato.....	44
2.6.	El pretendido consensualismo.....	46
2.7.	La supervivencia del formalismo del contrato.....	48
2.8.	Características del formalismo del contrato.....	51
2.9.	La forma como elemento de prueba.....	53

## CAPÍTULO III

3.	El objeto como elemento esencial del contrato.....	55
3.1.	El objeto directo e indirecto en el contrato.....	55
3.2.	Requisitos esenciales del objeto del contrato.....	55
3.3.	Ilicitud del objeto .....	61
3.4.	La degradación en los actos ilícitos.....	61

## CAPÍTULO IV

4.	La invalidez del contrato de servicios profesionales que se ha utilizado para encubrir un contrato de trabajo.....	67
4.1.	El contrato de servicio profesionales.....	67



4.2.El contrato individual de trabajo.....	69
4.2.1.    Fundamentación constitucional.....	69
4.2.2.    El contrato en el Código de Trabajo.....	70
4.3.La nulidad del contrato.....	76
4.3.1.    Elementos esenciales de la nulidad.....	78
4.3.2.    Caracteres de la inexistencia del contrato.....	82
4.3.3.    Actos afectos de la nulidad absoluta.....	86
4.3.4.    La nulidad relativa.....	88
4.3.5.    Teoría de Bonnacase sobre la inexistencia y la nulidad....	89
4.3.6.    La inoponibilidad y la nulidad.....	92
4.4.La simulación del contrato.....	94
4.4.1.    Acto ostensible y acto secreto.....	95
4.4.2.    Naturaleza de la simulación .....	98
4.4.3.    Simulación y error.....	100
4.4.4.    Clasificación de la simulación.....	101
4.4.5.    La simulación absoluta.....	102
4.4.6.    La simulación relativa.....	106
4.5.La invalidez del contrato de servicios profesionales que se ha utilizado para encubrir un contrato de trabajo.....	108
CONCLUSIONES.....	111
RECOMENDACIONES .....	113
BIBLIOGRAFÍA.....	115



( i )

## INTRODUCCIÓN

En los últimos diez años, mucho se ha dicho en el ámbito de las relaciones laborales guatemaltecas, de las prácticas sistemáticas promovidas por el Estado en su calidad de empleador, para buscar convertir las relaciones de trabajo en relaciones de naturaleza profesional, y con ello, desvirtuar el carácter laboral que esas relaciones tienen para con aquellos trabajadores que el Estado contrata y pone a su servicio.

Así, se advierte que actualmente ya no sólo el Estado como empleador sino también los empleadores del servicio privado se han dado a la práctica de celebrar contratos de servicios profesionales, con una generalidad de personas que no tienen esa calidad, y con el evidente ánimo de encubrir relaciones típicamente laborales. El propósito de esto ha sido siempre el de encubrir u ocultar ese carácter y evadir el pago de todas las prestaciones que una relación de aquella naturaleza acarrea para quien es el empleador. Así, tenemos que el Estado no sólo obliga a sus trabajadores a suscribir contratos simulados de servicios profesionales, a sabiendas que no ostentan esa calidad sino que, los obliga a que se inscriban como contribuyentes y además facturen los supuestos servicios profesionales que prestan. Afortunadamente esta práctica *contra legem*, que en otras circunstancias acarrearía para los trabajadores del servicio público, responsabilidad, no tiene por virtud de la garantía constitucional de irrenunciabilidad de los derechos laborales, ninguna responsabilidad para los trabajadores, por cuanto es nula de pleno derecho. Sin embargo, y en vista de que en la legislación laboral no se establece sanción alguna para este caso en particular, la práctica sistemática continúa y produce efectos mientras no se emite declaración de los tribunales de trabajo en sentencia firme que haga nulos sus efectos, con el consiguiente perjuicio que se genera para el trabajador afectado, pues mientras no se declara que lo que ha existido allí es un típico contrato de trabajo, el trabajador ve disminuido sus derechos laborales, pues ése es el objeto de esa contratación encubierta y así no disfruta de prestación laboral alguna, sino hasta que se ha dilucidado ante los tribunales la simulación en la que ha incurrido el empleador.

Esta investigación permite colocar al descubierto esta nociva y sistemática práctica del Estado como empleador, a fin de ilustrar a propios y extraños sobre la negativa incidencia que tiene y



(ii)

sobre la clara existencia de este vicio del consentimiento que es la simulación en el ámbito de las relaciones laborales.

Así, la investigación que se presenta está contenida en cuatro capítulos, de los cuales el primero está dirigido a lo relacionado al consentimiento como elemento esencial de los contratos en general y del contrato de trabajo en particular; el segundo capítulo, que estudia el elemento de la forma como determinante de la validez de los contratos; el tercer capítulo que está dirigido a estudiar el objeto como elemento esencial del contrato; y el cuarto y el último capítulo, cuyo propósito es hacer un estudio comparativo entre el contrato de servicios profesionales y el contrato individual de trabajo.



## CAPÍTULO I

### 1. El consentimiento como elemento esencial del contrato y sus principios

#### 1.1. Elementos del contrato

En el contrato se encuentran inmersos, perfectamente diferenciados, los elementos esenciales de los de validez. Conviene primero hacer referencia al Código francés que inspira muchas de las legislaciones laborales del mundo, para advertir la evolución que técnicamente se opera en la doctrina, partiendo de la clasificación que en un principio presentaron los códigos del siglo XX, a fin de no incurrir en la confusión que en estos propios códigos se lleva a cabo entre elementos esenciales y de validez.

Al respecto, Jorge Menéndez Pidal, afirma: “Los romanistas alemanes anteriores a Savigny: Thibaut, Heisse, Muhlenbruch, Mackeldey y otros, bajo la influencia del derecho romano, reservaron el nombre de contrato a las convenciones creadoras de obligación, y lo negaron a aquéllas que tienen por objeto extinguirlas o modificarlas.

En Francia, Domat, Pothier y posteriormente al Código Napoleón, Toullier, Durantón, Marcadé, Demolombe, Planiol, Baudry Lacantinerie y Barde, sostienen lo mismo. Últimamente, Esmein en la obra de Planiol y Ripert, y Josserand, se muestran partidarios del sostenimiento de esta distinción, no tanto por precisión del lenguaje, cuanto por razones técnicas. La capacidad de contratar, por ejemplo, dice Esmein, en el sentido propio de la palabra, es decir, de hacer nacer derechos de crédito o de asumir obligaciones, no es la misma que se requiere por la ley para participar en una convención transmisiva de crédito, como la cesión, o extintiva de obligaciones, como el pago o la remisión de deuda.



Savigny, sin embargo, definió el contrato del derecho moderno, como un acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas.”<sup>1</sup>

En el Código de Napoleón se enumeran como elementos del contrato, los siguientes:

- a. El consentimiento
- b. El objeto
- c. La capacidad
- d. La causa lícita

Se mezcla un elemento de validez, como es la capacidad, con dos elementos esenciales como son el consentimiento y el objeto y, además, se hace figurar un elemento discutible en el acto jurídico que se llama “causa”.

Según Menéndez Pidal: “Cuatro condiciones son necesarias para la formación de una convención válida; se requiere:

- a. El consentimiento de la parte que se obliga;
- b. Su capacidad para contratar;
- c. Un objeto cierto que constituya la materia de la obligación; y
- d. Una causa lícita en la obligación.

En esta enumeración, se confunde dos categorías de condiciones:

- a. Las condiciones de existencia, necesarias para que el contrato nazca;
- b. Las condiciones de validez, necesarias para que esté exento de vicios.

---

<sup>1</sup> Menéndez Pidal. Jorge. **Derecho laboral español**. Pág. 179



Es interesante distinguir estas dos categorías de condiciones, pues sus sanciones no son las mismas.”<sup>2</sup>

La causa es un elemento esencial en el contrato, de tal cuenta, las condiciones de existencia de los contratos. Son tres:

- a. El consentimiento
- b. El objeto
- c. La causa

Al tratar de la causa, debe determinarse si en nuestro derecho es o no un elemento del contrato y en caso afirmativo, si debe ser considerado como un elemento esencial o de validez.

En 1884 se mencionaban como elementos del contrato, el consentimiento, el objeto, la capacidad y la forma. Se decía que para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones:

- a. Capacidad de los contrayentes
- b. Mutuo consentimiento
- c. Que el objeto materia del contrato sea lícito
- d. Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley.

En los Códigos Civiles contemporáneos se hace una clasificación de estos elementos, distinguiendo como esenciales, el consentimiento y el objeto posible; y como de validez, la capacidad, la forma, la ausencia de vicios del consentimiento y la licitud en el objeto,

---

<sup>2</sup> Ibid. Pág. 187



motivo, fin o condición del contrato. Por ello se dice que: para la existencia del contrato se requiere:

- a. Consentimiento
- b. Objeto que pueda ser materia del contrato.

El contrato puede ser invalidado:

- a. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- b. Por vicios del consentimiento;
- c. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;
- d. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Después de hecha esta clasificación, conviene afirmar categóricamente que desde un punto de vista estrictamente jurídico, no deben confundirse los elementos esenciales con los elementos de validez en el acto jurídico o en el contrato. Por tanto, resulta conveniente seguir la clasificación que divide a los elementos del contrato en: elementos de existencia y elementos de validez.

## **1.2. Definición del consentimiento**

El consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones. En los convenios, lato sensu, el consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos. Todo consentimiento, por tanto implica la manifestación de dos o más voluntades, y su acuerdo sobre un punto de interés jurídico. Si existe la manifestación de voluntades, pero no existe el acuerdo, no hay consentimiento; si existe esa manifestación y se llega a un acuerdo, pero no se trata de un punto de interés jurídico,



tampoco hay consentimiento, dos personas manifiestan su voluntad para ocurrir a una cita y se ponen de acuerdo en día, hora y lugar. Este concurso de voluntades que no tiene interés jurídico, no se llama consentimiento. Se requiere, pues, el concurso de voluntades a efecto de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, para que jurídicamente se integre este elemento en el contrato o en el convenio. El consentimiento, así concebido, es el *sustratum* del contrato, su base misma. Sin consentimiento no hay contrato.

Al respecto, Menéndez Pidal, señala: “La noción del contrato es más amplia. Sugiere la idea de un organismo vivo y animado, cuya función consiste en regular, modificar o extinguir las relaciones jurídicas que constituyen su objeto.”<sup>3</sup>

La noción moderna del contrato difiere de la noción romana. Los romanos distinguían la convención, el pacto y el contrato. La convención era un término genérico, comprensivo del pacto y del contrato. Todas las convenciones tienen de común su objeto: una relación jurídica. No siendo así, la convención no era reputada acto jurídico. Por eso, se definía como el acuerdo de varias partes que, por una manifestación de voluntad común, determinan sus relaciones jurídicas.

La noción de convención, fue preferentemente aplicada al concierto obligatorio, como acuerdo de varias personas en una misma manifestación de voluntad de la cual debe resultar entre ellas una obligación. Y como la palabra *contractus* también se reservaba para designar las convenciones obligatorias o munidas de una acción, convención y contrato resultaban poco menos que sinonimias de un mismo concepto. Los contratos del derecho romano se distinguían según su fundamento: la característica esencial de todo contrato reside principalmente en el hecho del cual nace su acción protectora. Se requería la existencia de un fundamento jurídico –*causa civilis*–, para contratar y hacer ejecutivo el

---

<sup>3</sup> Ibid. Pág. 194



consentimiento que sirve de base a la obligación. De aquí el sentido estricto, preciso, que la palabra *contractus* tiene en la técnica romana. Contrato no es todo acuerdo de voluntades, sino exclusivamente aquél que da base a obligaciones sancionadas por una acción civil.

Por el contrario, el pacto era una convención destituida de sanción civil y por tanto incapaz de crear obligación. Se entendía que el consentimiento que no iba revestido de una forma solemne ni acompañado de algún acto material, no presentaba un carácter de suficiente certidumbre.

Por regla general, el consentimiento de las partes basta para formar el contrato; las obligaciones nacen tan pronto como las partes se han puesto de acuerdo. Los contratos que se forman así, se llaman contratos consensuales. Por excepción, ciertos contratos exigen, además del consentimiento, otro elemento; unas veces una formalidad, y en tal caso el contrato se llama solemne, otras, una prestación y entonces se llama real.

El consentimiento es el acuerdo de voluntades constitutivo del contrato. Dos personas, por tanto, dos voluntades, son necesarias, por lo menos, para que haya consentimiento y, por ende, contrato. Pero el contrato puede existir entre un mayor número de personas, como lo demuestran las sociedades.

Menéndez Pidal en relación al consentimiento señala: “El consentimiento es la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que procediendo de sujetos diversos concurren a un fin común y se unen. Dirigidas en el contrato obligatorio, una de ellas, a prometer y la otra a aceptar, dan lugar a una nueva y única voluntad que es la llamada voluntad contractual y que es el resultado, no la suma, de las voluntades individuales y que constituye una entidad nueva capaz de producir por sí el efecto jurídico querido y sustraída a las posibles veleidades de una sola de las partes, de lo cual deriva la



irrevocabilidad del contrato.

El consentimiento, dada su naturaleza, se forma por una oferta o policitud; es decir, que una parte propone algo a la otra respecto a un asunto de interés jurídico. La aceptación implica la conformidad con la oferta.”<sup>4</sup>

En un ejemplo gráfico: en la oferta, la voluntad del promitente es tomada en cuenta en su individualidad, con prescindencia de la adhesión actual o futura de la persona a quien va dirigida. Por eso no se puede decir que la policitud es la promesa no aceptada. En el derecho romano, la policitud carecía de todo efecto, salvo, y esto por excepción, la promesa hecha a una ciudad, cuando la oferta había tenido un comienzo de ejecución o se fundaba en una justa causa, como por ejemplo: el honor recibido o que se iba a recibir. Otro caso de excepción es el *votum*, cuando por la oferta se consagraba una cosa a un dios.

Al respecto del tema, Menéndez señala: “La aceptación puede revestir, como la oferta, una forma verbal o escrita; puede también, y más frecuentemente que la oferta, ser tácita, e inducirse de ciertos hechos que impliquen en su autor la intención de aceptar la proposición que se le ha hecho. Las circunstancias que revelan la aceptación no expresa varían. Ejemplo: la ejecución del mandato por el mandatario prueba que ha aceptado.

El contrato contiene dos o más declaraciones de voluntad recíprocas y correlativas de las cuales la primera, independientemente de cuál sea su procedencia, se denomina oferta y la segunda, que se refiere a la oferta se denomina aceptación. Pero ambas declaraciones contractuales no son específicamente diferentes. Por esto una aceptación retrasada o modificada debe construirse como nueva oferta, y el contrato es plenamente válido, aunque por razón de simultaneidad o por otras razones ninguna de las dos declaraciones

---

<sup>4</sup> Ibid. Pág. 202



pueda ser configurada exclusivamente como oferta o como aceptación.

El proceso psicológico que precede a la formación de un contrato comprende la discusión de la oferta y de la aceptación, toda vez que no siempre la oferta es aceptada lisa y llanamente, sino que la aceptación puede darse en forma condicional o introduciendo modificaciones. Si la oferta no es aceptada en los términos en que se haya hecho, desde el punto de vista jurídico, el oferente no está obligado a mantenerla. Si el contrato es entre presentes, la oferta debe aceptarse inmediatamente; si es modificada, el oferente no tiene obligación de sostenerla. Si el contrato es entre ausentes, la respuesta condicional o que entraña alguna modificación, libera también al oferente de sostener la oferta.

En el mecanismo de la formación del consentimiento entre presentes, la discusión que se sostiene entre las partes, permite que la oferta sufra modificaciones, de tal manera que aunque el oferente no está obligado a sostenerla, por su propio interés acepta esas modificaciones y se llega a un consentimiento.”<sup>5</sup>

### **1.3. Ausencia de consentimiento**

Cuando el consentimiento no existe, falta al contrato un elemento esencial y, por tanto, es inexistente. Tal parece que es absurdo suponer, desde el punto de vista jurídico y práctico, este problema de la ausencia del consentimiento, y difícil parece imaginar ejemplos en los que pueda existir un aparente contrato sin consentimiento. Sin embargo tiene interés no sólo teórico, sino práctico, abordar este problema, porque hay casos en que existe una apariencia de consentimiento que motiva la inexistencia del contrato.

Esto ocurre en los siguientes supuestos:

---

<sup>5</sup> Ibid. Pág. 207



- a. Cuando las partes sufren un error respecto a la naturaleza del contrato.
- b. Cuando sufren por error respecto a la identidad del objeto.
- c. En los contratos simulados.

En el primer caso, cuando las partes sufren error sobre la naturaleza del contrato, propiamente no hay consentimiento, porque una parte cree, por ejemplo, vender, y la otra cree recibir en donación la cosa.

En el segundo caso, éste se presenta cuando hay error sobre la identidad del objeto, y ocurre generalmente respecto de cosas semejantes. Una de las partes manifiesta su voluntad para contratar respecto al objeto A, la otra respecto al objeto B, y como entre el objeto A y el B hay semejanzas, es posible la confusión y no hay consentimiento, porque no se pusieron de acuerdo las partes respecto a un elemento esencial en el contrato, consistente en la cosa materia de la prestación. Por ejemplo, en la compra de terrenos, en que puede confundirse el lote A con el B; o en la compra de mercancías en general en que es posible la confusión.

El tercer caso se presenta en la simulación absoluta de contratos. Existe la simulación absoluta cuando las partes declaran falsamente lo que en realidad no han convenido ni quieren que se lleve a cabo. De manera que hay un acto aparente en el que falsamente declaran su voluntad, y un acto secreto en el que se dice que aquella manifestación de voluntad no es real; que simplemente se realiza para los terceros, pero no para los contratantes.

En el contrato simulado hay entonces sólo un consentimiento aparente y, por lo tanto, tenemos la inexistencia del contrato.

La declaración de voluntad falta de seriedad es nula si ha sido emitida en la expectativa de



que será advertida esa falta de seriedad, por ejemplo, una promesa hecha de broma o por jactancia. Es nula aunque sea estimada como seria, por ejemplo, si se toma en serio la promesa hecha en broma. Entonces, sin embargo, en ciertas circunstancias surge una pretensión al resarcimiento del llamado interés negativo. Si la declaración de voluntad carente de seriedad es emitida para engañar, o sea, en términos tales que deba ser tomada en serio, incide en el concepto de la reserva mental. También es nula frente a toda declaración aparente o simulada, esto es, una declaración de voluntad que se emite a otro de acuerdo con él, por regla general, para engañar a terceros haciéndose la declaración sólo en apariencia.

#### **1.4. Formación del consentimiento**

Se ha dicho que el consentimiento se forma por el acuerdo de voluntades sobre un punto de interés jurídico; si los contratantes se encuentran presentes, el contrato se forma en el momento en que el aceptante da su conformidad a la oferta que le hace el promitente. Ésta conformidad debe ser lisa y llana, pues si implica modificación, el promitente queda desligado y entonces el aceptante se convierte en oferente en cuanto a la modificación propuesta, y el oferente se convierte en posible aceptante respecto a esa modificación.

Estando las personas presentes se dispone que si el aceptante no manifiesta su conformidad en el acto mismo en que se le hace la oferta, queda el oferente desligado a menos que le haya concedido un plazo para otorgar la aceptación.

Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono.

La ley generalmente presume que si no se concede plazo, la oferta debe aceptarse o



rechazarse en el momento en que se formula. Si se concede plazo, el oferente queda ligado durante el término concedido. A la expiración del término, si no se obtiene una aceptación lisa y llana, queda también desligado.

De tal cuenta, se considera que durante todo el tiempo concedido como plazo para la aceptación, el oferente no puede retirar su oferta, y si pretende hacerlo su retractación no surte efectos legales; que en tal virtud, aun cuando la retire durante el plazo, si la otra parte acepta, el contrato se ha formado y tendrá acción para exigir el cumplimiento, y no simplemente el pago de daños y perjuicios.

Por consiguiente, se advierte que luego que la propuesta sea aceptada, quedará el contrato perfecto; si los contratantes estuvieren presentes, la aceptación se hará en el mismo acto de la propuesta; salvo convenio expreso en contrario. Por ello, toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo.

Lo anterior, presenta el problema del contrato celebrado por teléfono. En la doctrina se considera que éste, para los efectos jurídicos, es un contrato entre presentes, porque existe la misma posibilidad material de discutir en el mismo acto la oferta y la aceptación, tal como si los contratantes estuviesen materialmente el uno frente al otro.

## **1.5. Principios que fundamentan la existencia del contrato**

### **1.5.1. De posibilidad**

El primer principio se refiere a la posibilidad física y jurídica en el objeto de los contratos. Es decir, todo contrato para que pueda válidamente celebrarse, debe tener un objeto físico y jurídicamente posible.



La posibilidad física del objeto tiene que juzgarse de diferente manera, según de que se trate de obligaciones de dar o de hacer. Puede hablarse de la posibilidad física de las cosas y de la posibilidad física de los hechos, como objetos indirectos de los contratos. La posibilidad física de las cosas simplemente significa que existan en la naturaleza o que puedan existir. Por lo tanto, no se prohíbe el contrato sobre cosas futuras, dado que éstas pueden existir, pero no podrá recaer sobre cosas que jamás existirán. Para ciertas operaciones jurídicas, existen normas especiales. Por ejemplo, no puede recaer el contrato sobre la herencia futura, como cosa que puede llegar a existir, aun cuando el que será autor de la herencia preste su consentimiento. Propiamente aquí, por razones no de imposibilidad física, sino de moralidad social, los códigos han prohibido el contrato sobre herencia futura. La donación debe recaer sobre bienes presentes, no debe comprender cosas futuras, aun cuando sea posible su existencia. En las demás operaciones, cabe la posibilidad de que el contrato recaiga sobre cosas futuras.

En la transacción, se presentan regulaciones especiales que prohíben la transacción sobre una herencia futura o sobre una herencia antes de abierto el testamento. Nuevamente se comprueba que aquí se impide la transacción no tomando como base la posibilidad de existencia de la cosa, sino otras consideraciones. Generalmente se trata de evitar el fraude que es común en las transacciones sobre herencias futuras, o sobre herencias antes que se abra el testamento, cuando el presunto heredero afirma tener la calidad de tal, engañando a la otra parte; o bien, se trata de impedir contratos inexistentes cuando en realidad no llegue a existir la herencia futura, o cuando, abierto el testamento, el que se consideró heredero o legatario, no tenga tal carácter.

La posibilidad en cuanto a la cosa también puede ser de orden jurídico. Se requiere no sólo que las cosas existan en la naturaleza, sino, además, que estén en el comercio y que sean determinadas o determinables. Las cosas que están fuera del comercio existen en la naturaleza; podrían ser objeto de contratación, pero por determinación de la ley se



excluyen del ámbito material de los contratos. Las cosas que no son susceptibles de determinarse, crean para el régimen de los contratos un problema especial, la falta de interés jurídico y, por consiguiente, de valorización patrimonial. Aquellos bienes en donde no cabe la determinación individual o de la especie, carecen de valor para el contrato. Por esto, en el Derecho, la determinación simplemente por el género no tiene trascendencia y, por lo tanto, se considera que hay una imposibilidad jurídica para que se pueda contratar respecto de bienes o cosas que no estén determinadas ni pueden determinarse.

La imposibilidad también se aplica a los hechos en sentido físico y en sentido jurídico. Se dice que el hecho es posible físicamente, cuando no va en contra de una ley de la naturaleza que constituya un obstáculo insuperable para su realización, y es posible jurídicamente, cuando no va en contra de una norma jurídica, que constituya, a su vez, un obstáculo insuperable para su realización. A contrario sensu, tenemos definida la imposibilidad física y jurídica de los hechos. Es decir, cuando las leyes naturales o las normas jurídicas, constituyan obstáculos insuperables para la realización de los mismos. Si el hecho simplemente va en contra de una ley, pero puede realizarse, hablamos entonces de ilicitud y no de imposibilidad. Este primer principio en la formación del contrato es fundamental, toda vez que si el contrato tiene un objeto imposible, bien en sentido físico o jurídico, se considera inexistente. Por consiguiente, habrá inexistencia cuando falte el consentimiento o el objeto que pueda ser materia del acto jurídico. Ahora bien, el objeto física o jurídicamente imposible, no puede ser materia del acto jurídico. Por lo tanto, el contrato será inexistente.

### **1.5.2. De licitud**

SE ha dicho que debe existir licitud en el objeto, motivo, fin y condición del contrato, y que la ilicitud en alguno de estos aspectos, origina la nulidad absoluta o relativa, según lo



prevenga la ley. Derivado de ello, la licitud en el contrato, se referirá propiamente a la validez del mismo y no a su existencia

### **1.5.3. De capacidad**

Este principio se dirige a establecer que el contrato se ejecute por personas capaces. Se comprende aquí tanto la capacidad de goce como la de ejercicio. Debe distinguirse, según que falte la capacidad de goce o la de ejercicio, porque las consecuencias jurídicas serán diferentes. Por capacidad de goce se entiende la aptitud del sujeto para poder ser titular de derechos o reportar obligaciones.

Para algunos autores, la falta de capacidad de goce trae consigo una inexistencia, por imposibilidad jurídica, pues conforme al ordenamiento legal, el sujeto contratante no podrá adquirir el derecho o reportar la obligación. Hay una norma que constituye un obstáculo insuperable para ello. Se impide, por consiguiente, de plano, que entren a su status o a su patrimonio. En consecuencia, no podemos hablar de nulidad sino de inexistencia.

Cuando el sujeto tiene capacidad de goce, puede entrar a su status o a su patrimonio, el derecho o la obligación. Cuando sólo carece de capacidad de ejercicio para contratar directamente, es decir, para asumir por acto de su propia voluntad la obligación o el derecho, entonces se dice que hay una nulidad relativa, porque el contrato puede celebrarse. No hay una imposibilidad para que entren a su patrimonio o a su status jurídico, los derechos o las obligaciones; pero le falta al acto un requisito para su validez, es decir, que se ejecute por persona que además de tener capacidad de goce o aptitud para adquirir derechos u obligaciones, tenga la posibilidad jurídica de hacerlos valer directamente.



Conforme a este principio, se suele regular en las diversas legislaciones un elemento de validez en los contratos, sin mencionar ya la distinción entre capacidad de goce y de ejercicio; de tal manera que se sobreentiende que cuando alude al elemento capacidad, o bien cuando declara la nulidad relativa por incapacidad, sólo se refiere, respectivamente, a la capacidad o incapacidad de ejercicio. En este sentido está tomado el término que enumera los elementos de validez del contrato.

De acuerdo con el principio de capacidad, se debe proteger exclusivamente al incapaz. Se hace una excepción para aquellos menores que falsamente se hacen pasar por mayores de edad, en cuanto a los asuntos de su profesión, en donde no cabe que invoquen la nulidad por incapacidad.

Un buen ejemplo, lo constituye el Código Civil alemán en esta materia contiene una regulación distinta, porque protege también el interés jurídico de la persona capaz que sufre daños y perjuicios por un contrato que resulta nulo debido a la incapacidad del contratante, siempre y cuando esta incapacidad no sea notoria. Por ejemplo, los enajenados mentales que tienen momentos de lucidez, no pueden contratar válidamente, aun cuando se encuentren en un momento de esos. En cambio, sí pueden hacer testamento. Se considera que les es imputable celebrar un contrato que después resulta nulo. El Derecho protege al incapaz por cuanto que su representante legítimo puede pedir la nulidad; pero, a su vez, protege al capaz que no puede conocer la enajenación mental, y que, sin embargo, experimentará daños y perjuicios por la nulidad del contrato.

En este aspecto, sólo se sanciona a los menores que se hacen pasar por mayores de edad, exhibiendo partidas falsas de nacimiento, pero no considera que los enajenados mentales sean después responsables por los contratos nulos que celebran en un momento de lucidez, aun cuando se pueda considerar imputable a esos enajenados haber celebrado el contrato.



#### 1.5.4. De veracidad

Busca combatir la llamada teoría del error. Según este principio, en los contratos no debe haber error determinante de la voluntad de las partes. Ésta, por consiguiente, debe manifestarse en forma cierta. No todo error que impida una absoluta veracidad en la manifestación de la voluntad, trae consigo la nulidad del contrato. Debe distinguirse tres grados o categorías en el error:

- a. El error destructivo de la voluntad;
- b. El error que simplemente vicia a la voluntad y,
- c. El error que es indiferente para la validez del contrato.

En el primer caso, el error impide, tratándose de contratos, que se forme el consentimiento. Puede no destruir cada manifestación de voluntad aislada, pero sí impedir el consenso, es decir, el acuerdo. Tales son los casos de error sobre la naturaleza del contrato y sobre la identidad del objeto. Propiamente, no puede hablarse de un consensus cuando las partes sufren un error en la operación que celebran, o cuando se refieren a cosas distintas.

La segunda categoría del error no impide que exista el consentimiento, pero sí lo vicia. Es el error determinante de la voluntad y debe distinguirse los móviles y el motivo determinante. Si el error recae sobre los móviles, pero no sobre el motivo determinante, se considera que es indiferente para la validez del contrato. Pero, en cambio, si se contrató por el error sufrido y no por otra causa, entonces hay un vicio en el consentimiento que trae consigo la nulidad relativa del contrato.

Nuestro Código Civil, no hace la distinción francesa de error sobre la sustancia y error sobre la persona. Emplea una denominación genérica, comprensiva de estos dos casos y



de otros muchos semejantes: error sobre el motivo determinante de la voluntad. En realidad, lo que la doctrina llama error sobre la sustancia y error sobre la persona, son manifestaciones del error, que, sin embargo, vician el consentimiento. Por esto, resulta preferible emplear una forma o denominación genérica para comprender todos aquellos errores que recaigan sobre el motivo determinante de la voluntad. Por último, el error indiferente que es el que recae sobre los móviles de carácter secundario, no tiene importancia para la validez del contrato.

### **1.5.5. De libertad**

Denominado también principio antiviolencia. El principio de libertad significa que los contratantes deben ser libres tanto en la formación del contrato cuanto en la exteriorización de la voluntad. Debe distinguirse dos aspectos: uno, libertad en la formación del contrato y otro, libertad en la expresión de la voluntad del contrato.

La primera manifestación se encuentra siempre en todos los contratos, exceptuando algunos casos especiales. El primero y más importante es el ante-contrato o promesa de contrato. Se acepta en nuestro Código Civil que una persona pueda obligarse a celebrar un contrato futuro, y esta obligación se estipula a su vez en un contrato llamado preliminar o ante-contrato, y se le denomina “contrato de promesa”.

El contrato preliminar puede hacerse en forma unilateral o bilateral, es decir, cabe que sólo una de las partes se comprometa a celebrar un contrato futuro y la otra acepte, sin que por su parte se obligue a concertar esa operación; o bien, es posible que ambas partes se prometan recíprocamente celebrar el contrato futuro; en uno o en otro caso, desde el momento en que se admite la validez de la promesa, resulta que el contrato definitivo ya no es libre en su otorgamiento, es decir, hay la obligación de celebrarlo. Luego, cuando llegue el momento de otorgarlo, las partes están predeterminadas, si la promesa fue



bilateral, o una de ellas, si fue unilateral. Por esta razón, en la doctrina alemana se ha considerado que el ante contrato en realidad atenta contra la libertad jurídica, porque es obligatorio celebrar el contrato futuro que se ha prometido.

Por ejemplo: una persona promete vender a otra su casa en determinado precio y en un plazo máximo de seis meses; tiene el deber jurídico de cumplir esa promesa, es decir, ya no tendrá libertad, llegado el momento señalado para celebrar o no la compraventa. Es tan importante esta distinción, que las diversas legislaciones se han dividido en dos sentidos: para unos, el contrato preliminar atenta contra la libertad jurídica y no debe admitirse; para otros, el contrato preliminar en realidad no implica una violación a la libertad jurídica y, por lo tanto, resulta lícita su validez.

Desde un punto de vista teórico, sí hay falta de libertad en la celebración del contrato futuro, porque si éste no se otorga, se incurre en responsabilidad civil; más aún, se regula usualmente, que en rebeldía del promitente y previo el juicio respectivo, el juez firme el contrato futuro, excepto cuando se trata de cosas ya enajenadas a un tercero de buena fe, caso en el cual se incurrirá en responsabilidad civil por daños y perjuicios, por violar la promesa otorgada. Desde el punto de vista práctico, se ha considerado que si en cierto sentido se restringe la libertad jurídica, la vida también nos impone por necesidad ineludible celebrar constantemente contratos. Es decir, no estamos en libertad absoluta, que sólo teóricamente podrá existir; tenemos diariamente que adquirir ciertas cosas, celebrar el contrato de transporte para ir de un lugar a otro por necesidades que impone también la vida moderna, etc. Habría, entonces, que considerar que en todos estos casos no hay libertad en la contratación. Por esta razón se ha estimado que no es ilícito, en el sentido de contrario a la libertad jurídica, el que una persona pueda obligarse por contrato a celebrar una operación futura.



Además de este caso, se hace referencia a otras operaciones en que desaparece la libertad en el momento de la contratación misma. Así, el arrendamiento forzoso que se impone tratándose de tierras ociosas; la legislación en este caso se refiere a un contrato de arrendamiento, pero en verdad aquí si se violaría el principio de libertad, porque el contrato requiere que las partes sean las que celebren la operación, y en el arrendamiento forzoso de tierras ociosas, bajo el nombre de contrato, en realidad hay un acto de autoridad que impone la cesión del uso y goce de ciertas tierras a cambio del pago de una renta; no hay propiamente contrato de arrendamiento.

En la venta judicial también se ha dicho que se restringe la libertad jurídica del vendedor, por cuanto que el juez decreta la venta y una vez fincado el remate, ordena al ejecutado que otorgue la escritura correspondiente, apercibido de que si no lo hace, el propio juez lo hará en su rebeldía. Aun cuando las leyes civiles establecen que la venta judicial se regula por las disposiciones de la compraventa y que los derechos y obligaciones de las partes serían los mismos que se estatuyen para vendedor y comprador, en realidad se comprueba que no hay contrato, no hay consentimiento para vender y comprar. Si el ejecutado está de acuerdo en adjudicar la cosa al ejecutante, entonces sí hay un contrato, pero normalmente se procede contra su voluntad, haciendo el avalúo y remate de los bienes. Además, en la venta judicial falta otro elemento de libertad para señalar el precio, éste se determina por peritos. No hay, por consiguiente, ni libertad en la formación del contrato, ni en la determinación de uno de sus elementos, por lo que ve al vendedor.

La otra manifestación del principio de libertad jurídica se refiere a que el consentimiento se exprese sin violencia tanto física como moral. En este aspecto simplemente se hace referencia a la violencia como vicio del consentimiento.



## **1.6. Principios fundamentales en la vigencia del contrato**

Este apartado comprende los principios en cuanto al cumplimiento e incumplimiento de los contratos, específicamente lo relacionado a:

- a. La relación jurídica fundamental y las relaciones jurídicas especiales
- b. El principio de la buena fe
- c. El principio de cooperación, y
- d. El principio de exactitud en el cumplimiento de los contratos.

### **1.6.1. La relación jurídica**

Para la vigencia del contrato debe sustentarse en el siguiente principio fundamental: En todo contrato hay una relación jurídica fundante que contiene en potencia todas las relaciones fundadas; la ley, para caracterizar el contrato, determina siempre la relación jurídica fundante, sin ella no podría existir aquél; por ejemplo, en la compraventa, la relación jurídica fundante consiste en la transmisión del dominio de una cosa a cambio de un precio.

Esta relación jurídica fundante comprende en potencia un conjunto de relaciones que podrán presentarse o no; ello dependerá de acontecimientos futuros. El cumplimiento del contrato, por lo tanto, debe llevarse a cabo de acuerdo con la relación jurídica fundamental y de conformidad con sus consecuencias para las relaciones contingentes que podrán presentarse o no, según los casos.

Por ejemplo: dentro de la relación jurídica fundamental en la compraventa, consistente en la transmisión del dominio a cambio de un precio, puede presentarse como relación contingente, la evicción, o sea, que el comprador sea privado de la cosa por virtud de una



sentencia ejecutoriada y en razón de un derecho de tercero anterior a la venta. Pero ésta es una relación que no necesariamente ocurrirá, excepcionalmente se presentará en las compraventas el caso de evicción que queda comprendido en la relación fundamental. Si el vendedor debe transmitir el dominio a cambio de un precio, en realidad no puede transmitirlo cuando un tercero es dueño de la cosa; de tal relación jurídica se desprende la consecuencia lógica de que deberá devolver el precio, pagar los gastos del juicio e indemnizar al comprador por todas las mejoras útiles y necesarias que hubiere hecho en la cosa.

No se necesita en realidad que los códigos civiles vengán regulando caso por caso, ya está comprendido todo el conjunto de cuestiones jurídicas de la evicción o defectos ocultos de una cosa enajenada, es consecuencia de la relación fundamental; podrá presentarse o no el caso de que la cosa vendida tenga vicios o defectos, por eso hablamos de una relación contingente. No es esencial en el acto de compraventa que exista responsabilidad por vicios o defectos ocultos, como sí es de su esencia que haya transmisión del dominio a cambio de un precio. Pues bien, si la cosa estuviera viciada, la relación fundamental funciona para el vendedor en cuanto que debe devolver el precio y recoger la cosa viciada, o compensar al comprador disminuyéndole el precio en razón de los vicios; quedará al arbitrio del comprador pedir la rescisión del contrato o la reducción del precio. Se advierte aquí el cumplimiento de esta relación contingente, está contenido en potencia en la relación jurídica fundamental.

Es de gran utilidad este principio, porque en realidad, la regulación de los códigos para todo un conjunto de problemas en cada contrato, no es otra que la determinación de las consecuencias contingentes, aplicando lógicamente el principio contenido en la relación principal; aquí la sistemática de los códigos no es sino lógica jurídica aplicada de acuerdo con una relación fundamental. Por esto los códigos modernos se distinguen en que no es necesaria la casuística, porque el legislador no podrá comprender todos los casos y es



inútil que sólo se refiera a los que ya están sobreentendidos en la relación fundamental. Se desprende, por consiguiente, esta conclusión: En los contratos, las partes quedan obligadas no sólo al cumplimiento de las relaciones jurídicas derivadas que se presentarán en forma contingente ante determinados supuestos.

### **1.6.2. De la buena fe**

Este principio es de gran valor jurídico y moral. Los contratos no solamente obligan a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que se derivan de la buena fe, del uso, de la equidad y de la ley. Según el principio de la buena fe, la ley regula de dos maneras distintas los contratos bilaterales y los unilaterales. En los contratos bilaterales el principio de la buena fe se manifiesta como reciprocidad y una demostración evidente se observa la tenemos en que las prestaciones deben ser equivalentes; si se rompe la equivalencia, se considera que hay lesión. Ahora bien, la equivalencia no significa, como es evidente, igualdad; toda equivalencia supone que hay un margen de tolerancia que permite desigualdad en los valores de la contratación; si esta desigualdad no existiera, carecería de objeto propiamente el contrato. Si hubiese una igualdad matemática para cambiar cosa por cosa, la permuta perdería todo interés y objeto. Además, como el cambio no se opera sobre objetos iguales, sino que se lleva a cabo entre cosas y dinero, cosas y servicios y cosas de distinta calidad, cabe una desigualdad, pero sin romper el principio de equivalencia y de reciprocidad.

También se aplica el principio de la buena fe en los contratos bilaterales, estatuyendo que si una parte no cumple su obligación, carecerá de derecho para exigir a la otra el cumplimiento; en consecuencia, ésta siempre podrá oponer la excepción de contrato no cumplido. Además, la condición resolutoria tácita existe en todos los contratos bilaterales como consecuencia de la reciprocidad, es decir, de la buena fe. Cuando una de las partes no cumple su obligación en un contrato bilateral, la otra podrá exigir la rescisión o su



cumplimiento, según lo conviniere. También se encuentra aplicada la buena fe bajo la forma de reciprocidad en la interpretación de los contratos. Sobre el particular las disposiciones diversas al respecto, no hacen otra cosa que fundarse en la equidad, es decir, en la buena fe, para poder interpretar los contratos.

La otra categoría referente a los contratos unilaterales, tiene que regirse por la buena fe, pero en forma distinta. Aquí ya no cabe la reciprocidad y entonces el legislador regula esta manifestación a través del principio de gratitud, sobre todo en las donaciones, sancionando el hecho ilícito. Por ejemplo: las donaciones se revocan por ingratitud del donatario que tiene la obligación de auxiliar al donante cuando se encuentre en estado de pobreza. También las donaciones, como actos gratuitos, se revocan cuando el donatario comete un delito contra el donante. Aquí se entiende el deber de gratitud, fundado en la buena fe, en el hecho de que el donatario no debe cometer delito contra el donante; si lo comete, se revoca la donación.

### **1.6.3. De cooperación**

Este principio es fundamental en todo el régimen de los contratos. Puede compararse al efecto, las fuentes de las obligaciones tomando en cuenta los distintos sistemas que el Derecho Civil regula en materia patrimonial. De esta suerte cabe distinguir, por ejemplo, los hechos ilícitos como fuentes de obligaciones, en donde se organiza un sistema de reparación patrimonial, para lograr la reparación del daño; se trata simplemente de un efecto restitutorio.

Una segunda fuente de obligaciones que se ha denominado enriquecimiento sin causa, se caracteriza por ser un sistema de conservación patrimonial; la obligación que se crea cuando alguien se enriquece sin causa, tiene de un patrimonio a otro, sin causa jurídica. Por lo tanto, la regulación de esta fuente va a tener por objeto la conservación



patrimonial, es decir, lograr el equilibrio roto entre los patrimonios, para volver al estado primitivo. De aquí que aquél que se enriquezca sin causa, debe indemnizar en la medida de su enriquecimiento y del empobrecimiento sufrido por la otra parte; si el enriquecimiento es superior al empobrecimiento, sólo indemnizará en la medida de este último; si el empobrecimiento es mayor que el enriquecimiento, sólo se indemnizará en la medida del segundo.

Una tercera fuente, es la gestión de negocios. En sus orígenes tuvo un carácter marcadamente individualista, para evitar toda intromisión en los negocios ajenos, aun en los casos de necesidad, cuando el dueño se encontraba impedido de atender sus propios asuntos. Así a pesar de que la gestión de negocios se llevaba a cabo con el ánimo de procurar un beneficio, cuando el dueño se encontraba ausente o impedido de administrar sus asuntos, podía, no obstante, no ratificarse la gestión y con esto era bastante para que el gestor careciera de derecho para exigir los gastos ejecutados y el pago de daños y perjuicios sufridos por auxiliar al dueño de un negocio que resultó útilmente gestionado. Hasta ahí llegaba esta institución organizada de manera egoísta, dando por resultado que nadie tratara de auxiliar a una persona que por razón de enfermedad, de ausencia o alguna otra causa, estuviese impedida para atender sus negocios, porque corría el riesgo de que no se ratificase la gestión y con ello era bastante para que el dueño quedara liberado de toda obligación.

Posteriormente, la gestión de negocios se estatuyó en un sistema de cooperación patrimonial; toda gestión útil, cuando el dueño está impedido de atender sus negocios, da derecho al gestor a ser indemnizado tanto en la gestión ejecutada, como en los daños o perjuicios que sufriera y que no le sean imputables. La gestión no le da derecho a percibir honorarios, porque esto sería tanto como facultar a que por una intervención oficiosa, alguien pudiera autoconferirse honorarios por sus trabajos, es decir, crearse por su sola voluntad una fuente de ingresos; pero si la gestión no da derecho a cobrar honorarios, sí



faculta al gestor para exigir los gastos realizados y los daños y perjuicios sufridos. Ya no se requiere, para que se produzca esta consecuencia, que el dueño ratifique la gestión; si la ratifica, entonces el gestor tendrá derecho a cobrar honorarios, porque se convertirá en un mandato con efectos retroactivos. Se le atribuye, por virtud de la ratificación, todos los efectos del contrato de mandato y, entonces, el gestor ya elevado a la categoría de mandatario, podrá cobrar sus honorarios; pero si el dueño no ratifica la gestión, no por ello quedará librado, tendrá la obligación, si la gestión resultó útil, de indemnizar al gestor de los gastos y daños causados. Se funda aquí la gestión en el principio de enriquecimiento sin causa: no podrá el dueño aprovecharse de los resultados benéficos de la gestión, sin indemnizar.

Esta misma forma de cooperación patrimonial se ubica en el contrato. De aquí la necesidad de relacionar el contrato como fuente principal de obligaciones, con las otras fuentes. Puede decirse que el contrato es la forma más importante de cooperación patrimonial. Primero se constituye como un sistema de relación patrimonial, es decir, se relacionan dos patrimonios; pero no basta la relación, sino que la vigencia del contrato exige cooperación entre las partes.

Algunos doctrinantes pretenden caracterizar los derechos personales como derechos en donde existe la cooperación, por cuanto que esta clase de facultades jurídicas se realizan sin que colabore el sujeto pasivo con el activo.

Puede considerarse que esta tesis es exacta para los derechos reales típicamente absolutos, como la propiedad y derechos de autor, pero para los derechos reales que implican un desmembramiento de la propiedad; usufructo, uso, habitación y servidumbres, o para los derechos reales de garantía: hipoteca y prenda, si hay una colaboración semejante a la de los derechos de crédito; el nudo propietario está obligado a realizar actos que permitan el ejercicio efectivo del derecho real y también abstenerse de aquellos actos que entorpezcan



ese ejercicio. Pero con mayor claridad se nota que en los derechos personales existe la cooperación; es decir, la facultad jurídica del acreedor sólo puede realizarse íntegramente y de manera exacta, a través de la colaboración del deudor, o sea, del cumplimiento voluntario.

Cuando el deudor falta al cumplimiento, sólo se obtiene, mediante el juicio respectivo, un pago equivalente.

Ahora bien, esto que en términos generales puede afirmarse para los derechos de crédito, sólo es rigurosamente exacto tratándose de los contratos, porque en las otras fuentes de obligaciones, aunque es necesario un cumplimiento voluntario, es decir, la cooperación para satisfacer íntegramente el crédito, se crean, no obstante, fuera de la cooperación patrimonial y en condiciones generalmente adversas a la misma. Por ejemplo: derechos de crédito que nacen de hechos ilícitos; aquí el derecho de crédito tiene su fuente en una situación opuesta a la cooperación, es decir, en un daño causado por el deudor al acreedor; esta situación de conflicto fue la que originó el crédito. El enriquecimiento sin causa también nace de un desequilibrio patrimonial, es decir, si la transmisión injustificada de un valor de un patrimonio a otro. Sólo en el cumplimiento se requerirá, ya restablecido el equilibrio, que haya cooperación. En cambio, los derechos de crédito que nacen del contrato, desde que se origina y en toda su vigencia, suponen una colaboración entre las partes. Esta colaboración tiene sus grados.

No puede decirse que el principio tenga igual intensidad en los contratos bilaterales y en los unilaterales. En los contratos bilaterales la cooperación patrimonial llega al grado de implicar una interdependencia de las obligaciones. Por esto dijo la teoría de la causa que la obligación de una parte, tiene por causa la contraprestación. Hay una liga estrecha entre las obligaciones que nacen del contrato bilateral, y la cooperación se impone, dado que si una parte no cumple, la otra, tendrá acción para exigir el cumplimiento o la



rescisión del contrato, con el pago de daños y perjuicios, en ambos casos. La liga constante en los contratos bilaterales entre la prestación y la contraprestación la podemos advertir, sobre todo, en los contratos de tracto sucesivo.

Por ejemplo: el arrendatario no está obligado a pagar renta, si por cualquier causa que no lo sea imputable, se impide el uso de la cosa arrendada; porque su obligación de pagar renta, supone que a su vez el arrendador cumpla su obligación de conceder el uso y goce de la cosa. Debe, por lo tanto, haber una cooperación constante.

Por un principio de técnica especial, esta interdependencia de los contratos bilaterales sufre una modificación en la teoría de los riesgos. Según esta teoría, celebrado un contrato que tenga por objeto la transmisión del dominio de cosas ciertas, si estas cosas perecen por caso fortuito o fuerza mayor, la pérdida la sufre el adquirente o sea, el acreedor que ya es dueño de la cosa, quien tendrá la obligación de pagar el precio o contraprestación estipulada. Por virtud de la teoría del riesgo queda en cierto sentido modificado el principio de la interdependencia de las obligaciones.

Por ejemplo: si el comprador no recibe la cosa que perece por caso fortuito o fuerza mayor, lógicamente no debería pagar el precio; la causa del precio está en la entrega de la cosa. Luego se rompe la interdependencia, si a pesar de que no reciba la cosa, si a pesar de que la cosa ha perecido en manos del vendedor, no obstante, tuviera el comprador que pagar el precio.

Sin embargo, no hay una verdadera excepción al principio de reciprocidad, de interdependencia o cooperación, si se toma en cuenta que en esta clase de contratos, el enajenante ha cumplido su obligación fundamental, que de manera automática se realiza por la celebración misma del contrato, es decir, ha transmitido el dominio de la cosa enajenada. Cuando perece la cosa en manos del enajenante, ya éste no es el dueño. El



dueño, es el adquirente. Por lo tanto, la obligación del enajenante se ha cumplido y de aquí entonces que el adquirente tenga que cumplir su deber fundamental, o sea, pagar el precio, el valor de la contraprestación. Es cierto que no recibirá la cosa y que de nada le servirá la transmisión virtual del dominio, cuando económicamente aquella cosa no le será de utilidad alguna por el perecimiento, pero esto ya implica imposibilidad de cumplir con una obligación secundaria, consistente en la entrega de la cosa. La obligación principal se cumple según el principio del Código Civil francés que pasó a nuestra legislación, por efectos directo e inmediato del contrato, sin necesidad de entrega real o simbólica, en oposición a lo que regulaba el Derecho romano.

En conclusión, puede afirmarse que el principio de cooperación, básico en los contratos, se mantiene como principio de interdependencia en las obligaciones recíprocas, pero por razones de técnica jurídica se modifica en la teoría de los riesgos, para que el adquirente tenga que pagar el valor de la cosa que perece por caso fortuito o fuerza mayor, no obstante que no la reciba. Esta modificación será consecuencia de aquellos derechos que siguiendo al Código de Napoleón, aceptan que las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas operan por la celebración misma del contrato, la transmisión de la propiedad sin necesidad de entrega real, jurídica o virtual.

En los sistemas en donde no se acepta el principio napoleónico, de tal manera que se requiere que la cosa sea entregada al acreedor, el principio de interdependencia se aplica en su integridad.

#### **1.6.4. Exactitud del cumplimiento**

Jurídicamente el pago es el cumplimiento de una obligación, por lo tanto, se comprenden aquí todas las formas en las que las obligaciones son cumplidas, bien sea de dar, de hacer o de no hacer. El principio de exactitud en el cumplimiento de las obligaciones tiene



cuatro grandes manifestaciones: exactitud en el tiempo, en el lugar, en la forma o modo y en la sustancia. Puede decirse que estas cuatro manifestaciones de exactitud en los pagos no son sino una consecuencia de un principio de mayor rango, el de obligatoriedad en los contratos, conforme al cual, los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos; la puntualidad en el cumplimiento se manifiesta en la exactitud en el tiempo, lugar, forma y sustancia.

### **1.6.5. Exactitud en cuanto al tiempo**

Esta se rige por el principio de que todo contrato debe ser cumplido en el término estipulado. El día interpela por el hombre, es decir, la llegada del plazo coloca en mora al deudor, si éste no cumple. En esto, el Derecho mexicano se separa del Derecho romano y del francés. Conforme a estos últimos, el día no interpela por el hombre, es decir, el acreedor, no obstante que en el contrato se haya señalado fecha de cumplimiento, debe interpelar judicial o extrajudicialmente al deudor, para colocarlo en mora y poder exigir los daños y perjuicios moratorios y compensatorios por virtud de su incumplimiento. En otros sistemas, para las obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, la llegada del término señalado hace veces de interpelación y, por consiguiente, el deudor se encuentra por ministerio de la ley en mora, incurriendo en la responsabilidad de daños y perjuicios.

Cuando en el contrato no se determina fecha para el cumplimiento, debe distinguirse, según que la obligación sea de dar o hacer. Las obligaciones de dar que no tengan fecha para ser cumplidas, se hacen exigibles dentro del plazo que norme la ley; en cambio, las obligaciones de hacer, se hacen exigibles hasta que transcurre el tiempo normalmente necesario para su ejecución.



### **1.6.6. Exactitud en cuanto al lugar**

Significa también que los contratos deben ser cumplidos en el lugar convenido y a falta de convenio en el domicilio del deudor. Rige, por consiguiente, el principio de la autonomía de la voluntad, para las distintas formas de exactitud: primero se estará a lo estipulado en cuanto al tiempo, lugar, forma o sustancia. A falta de estipulación, la ley viene a suplir la voluntad indicándonos en qué momento se hace exigible la obligación y en qué lugar. Se parte de la regla general de que las obligaciones que no tengan lugar de pago, serán exigibles en el domicilio del deudor. La legislación civil, por lo general establece que el acreedor tiene interés en cobrar al deudor, debe requerir el pago se hará en el domicilio de éste. Esta norma general tiene excepciones para determinados contratos, por ejemplo en la compraventa: si no se estipula lugar de cumplimiento, la cosa vendida no deberá ser entregada en el domicilio del deudor, sino en el lugar en que se encontraba al celebrar el contrato. Se observa por consiguiente, los siguientes fueros, como se le designa en el Derecho, para poder determinar el lugar de pago:

- a. El fuero del domicilio del deudor, como regla general;
- b. El fuero de ubicación de la cosa, tratándose de bienes inmuebles;
- c. El fuero correspondiente al lugar en que la cosa se encuentre, respecto de bienes muebles;
- d. El fuero de celebración del contrato (es decir, independientemente del domicilio del acreedor o del deudor, de la ubicación de la cosa o del lugar en que ésta se encuentre, si es mueble, se puede tomar en cuenta, sólo para ciertos contratos, el lugar en que se otorgan) y,
- e. El fuero del domicilio del acreedor.

Desde el punto de vista procesal tiene importancia este problema porque rige también la competencia del juez tratándose de acciones personales o de acciones reales mobiliarias,



es decir, a falta de estipulación expresa, es juez competente, cuando se intente una acción personal, el del domicilio del deudor, en concordancia con la regla que determina que también este lugar será el del pago; para las acciones reales se debe distinguir: si se trata de acciones reales mobiliarias, es juez competente, el de ubicación de la cosa, por ejemplo, en la acción real hipotecaria; cuando no se convenga qué juez será competente, deberá intentarse la acción, no ante el juez del domicilio del deudor, sino ante el de la ubicación de la cosa. Se exceptúa el caso relativo al contrato de arrendamiento para el juicio de desahucio; aquí, no obstante que el arrendamiento crea derechos personales y, por lo tanto, acciones personales, es juez competente el de la ubicación de la cosa y no el del domicilio del deudor.

#### **1.6.7. Exactitud en cuanto a la forma o modo**

Significa este principio que el deudor debe pagar íntegramente a través de una sola exhibición y no mediante pagos parciales. El acreedor no está obligado a recibir pagos parciales en las obligaciones civiles. En las obligaciones civiles se necesita una cláusula expresa estipulando el pago parcial, caso en el cual el acreedor está obligado a recibirlo, de lo contrario queda facultado para rehusarlo, incurriendo en mora el deudor por no solventar íntegramente su obligación, con la consecuencia de daños y perjuicios.

Este principio de exactitud en la forma de hacer el pago queda, por consiguiente, modificado, cuando hay un convenio expreso, por ejemplo, en la compraventa la modalidad que usualmente se regula para la venta por abonos, de tal suerte que el precio se paga a través de exhibiciones.



### **1.6.8. Exactitud en cuanto a la sustancia del contrato**

Significa que el deudor debe pagar exactamente la cosa convenida, si es un bien individualmente determinado. El acreedor no está obligado a recibir cosa distinta aun cuando sea de mayor valor. Esta regla que aplica para los bienes ciertos y determinados, se puede hacer extensiva a bienes fungibles que tienen un poder equivalente en los pagos. En principio, todo pago de bienes fungibles para que sea exacto, requiere que el deudor entregue cosas de mediana calidad; sólo que se estipule alguna especial, por ejemplo, café de primera, deberá entregarse la pactada. Se considera que la exactitud en la sustancia en cuanto a estos bienes, significa que el deudor paga entregando bienes de mediana calidad, dentro de la cantidad, peso y medida estipulados. No puede, por consiguiente, el acreedor, cuando se ha determinado la calidad, ser obligado a recibir una superior. Se hace aplicación por analogía del principio de que tratándose de cosas ciertas, el acreedor no está obligado a recibir bienes de mayor valor y esto porque la ley considera que algún interés especial tuvo el acreedor al especificar cierta calidad; claro que aquí rige el principio de la buena fe cuando no existe en el comercio la clase pactada, pues ante una imposibilidad de hecho, el deudor sí puede entregar una superior; pero existiendo en el comercio bienes de calidad pactada, no podrá obligarse al acreedor a recibir cosas de mayor valor.

Tiene especial interés la exactitud en la sustancia en cuanto a las deudas en dinero ya pactándose determinada especie en moneda, nacional o extranjera, el deudor debería pagar en la misma y el acreedor no estaba obligado a recibir otra distinta, aun cuando se le abonase el premio o diferencia correspondiente; sólo que la convenida ya no existiera en el mercado, el acreedor estaba obligado a recibir la de curso legal, con la bonificación correspondiente si la convenida tuviere mayor valor.

Posteriormente, se aceptó que las obligaciones en dinero deberían pagarse en la moneda



que tuviera curso legal en el momento de hacer el pago, cualquiera que hubiese sido la especie estipulada, siendo nulas de pleno derecho las cláusulas por las cuales el deudor se obligara a pagar en determinada moneda o a bonificar cierto premio.





## CAPÍTULO II

### 2. La forma como elemento de validez de los contratos

#### 2.1. Clasificación de los contratos en cuanto a su forma

Atendiendo a la forma, los contratos se clasifican en formales, consensuales y solemnes.

Según Matero Vásquez, “Son contratos formales aquellos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito, como un requisito de validez, de tal manera que si el consentimiento no se manifiesta en escritura pública o privada según el caso, el contrato estará afectado de nulidad relativa. Por consiguiente, el contrato formal es susceptible de ratificación expresa o tácita; en la expresa se observa la forma omitida; en la tácita se cumple voluntariamente el contrato y queda purgado el vicio.

El contrato consensual, en oposición al formal, es aquel que para su validez no requiere que el consentimiento se manifieste por escrito, y por lo tanto, no puede ser verbal, o puede tratarse de un consentimiento tácito, mediante hechos que necesariamente lo supongan, o derivarse del lenguaje mímico, que es otra forma de expresar el consentimiento sin recurrir a la palabra o a la escritura.

En estos contratos consensuales no es menester que haya una manifestación verbal para su validez; puede expresarse por el lenguaje mímico, es decir, por señas, sin pronunciar palabras y puede el consentimiento desprenderse de hechos que necesariamente lo presupongan. La compraventa de bienes muebles es un contrato consensual; es válido si se manifiesta el consentimiento verbalmente o si por medio de señas dos mudos celebran el contrato, o si a través de hechos que lo presupongan, una parte toma la cosa y entrega el precio.



Se distinguen además, desde este punto de vista, los contratos solemnes, que son aquellos en que la forma se ha elevado por la técnica jurídica a un elemento esencial del contrato, de tal manera que si no se observa la forma, el contrato no existe.”<sup>6</sup>

El formalismo moderno y su expresión en los actos jurídicos solemnes. Al respecto, Vásquez señala: “Se considera actualmente que el último refugio del formalismo está en los actos solemnes, ya que la solemnidad es una condición de existencia del acto. Ésta en sí misma consiste sea en la intervención en el acto, de un oficial público, como un notario (donación entre vivos, contrato de matrimonio, subrogación en la hipoteca legal de la mujer casada, subrogación de la parte del deudor, constitución de hipoteca) de un Oficial del Estado Civil (adopción, legitimación) o de uno de los auxiliares de éstos (renuncia a la sucesión, aceptación de ésta bajo el beneficio de inventario, renuncia a la comunidad).

Como se ha advertido, la solemnidad de un mismo acto jurídico no siempre está sometida al empleo de una sola forma y es susceptible de realizarse de varias maneras, como el reconocimiento de hijo natural o el en testamento. Por otra parte, la intervención de un oficial público, o de la autoridad judicial, no es en sí misma rigurosamente indispensable para que un acto jurídico determinado sea solemne. El testamento ológrafo demuestra esto, puesto que unánimemente se reconoce que es un acto jurídico solemne al mismo título que el testamento auténtico.

Ahora bien, la solemnidad consiste en la escritura, la fecha y la firma por la propia mano del testador. En esto, el testamento ológrafo evoca particularmente el antiguo formalismo del derecho romano, que no exigía de ninguna manera la intervención de una autoridad en el acto.

Abstracción hecha de esta intervención, los actos jurídicos solemnes de la época moderna

---

<sup>6</sup> Vásquez. Mateo. **Aspectos elementales de la naturaleza del contrato de trabajo.** Pág. 229



se diferencian esencialmente de los actos formalistas en el primer estado del formalismo, que se describió. La forma no supe, en lo absoluto, la ausencia o imperfección de las condiciones de fondo, especialmente desde el punto de vista de la voluntad. A pesar de todo, no dejan de estar muy próximos los actos jurídicos solemnes, del antiguo formalismo en razón de la fuerza probatoria que se les atribuye hasta su declaración de falsedad. Ya se sabe que en razón de esta circunstancia, es sumamente difícil sostener que la voluntad no existió o que ha sido viciada en un acto notarial. Esta misma circunstancia conduce al examen de la influencia de la prueba en cuanto a la supervivencia del formalismo.

En el contrato formal, la forma es un elemento de validez, y si no se observa, el contrato existe, pero está afectado de nulidad relativa, que puede desaparecer por confirmación expresa o tácita, o por prescripción. En los contratos solemnes, la forma es un elemento esencial del contrato, de manera que si no se observa ésta, no llega a existir y, por tanto, no puede convalidarse ni por ratificación, ni por prescripción. Puede otorgarse un nuevo contrato observando la forma omitida, pero esto no es una ratificación, porque en el contrato solemne, el observar la forma omitida no lo convalida retroactivamente, sino que implica un nuevo otorgamiento para que surta sus efectos hasta el momento en que se observe la solemnidad.<sup>7</sup>

## **2.2. Manifestación del consentimiento**

El consentimiento en los contratos debe manifestarse por cualquier medio que releve cuál es la voluntad de los contratantes. La exteriorización de la voluntad es indispensable para que se forme el consentimiento en los contratos.

Dicha exteriorización puede llevarse a cabo válidamente por distintos medios. La forma

---

<sup>7</sup> Ibid. Pág. 236



normal de manifestar el consentimiento, es mediante la palabra o la escritura. En nuestro derecho, el consentimiento normalmente se expresa por escrito, aunque en el contrato de trabajo la acción de la prestación del servicio aún sin la firma de documento alguno, expresa el consentimiento.

### **2.3. Consentimiento expreso y tácito**

El consentimiento puede manifestarse expresa o tácitamente; la ley requiere simplemente que se exteriorice, y la exteriorización del consentimiento en algunos contratos debe ser expresa, mediante la palabra; en otros mediante la escritura, redactando un documento público o privado.

Además, el consentimiento puede manifestarse tácitamente sin recurrir a la palabra o la escritura. Basta con que se ejecuten ciertos actos que necesariamente supongan la manifestación de una voluntad, aunque no se lleve a cabo gesto o seña algunos, para que la ley considere en ciertos contratos que se ha manifestado válidamente el consentimiento. Este es el caso del contrato individual de trabajo, en el que como ya se dijo, el simple inicio de la prestación del servicio, perfecciona el contrato y al consentimiento.

Por otro lado, también el caso del contrato de arrendamiento existe lo que se llama “tácita reconducción”, cuando vencido el plazo continúa el arrendatario en el uso de la cosa, sin oposición del arrendador. La no oposición por parte del arrendador implica una manifestación tácita de su voluntad para que se prorrogue el contrato de arrendamiento, se trata de la manifestación del consentimiento por medio de una conducta en el arrendatario que continúa gozando de la cosa, vencido el plazo, y también de una conducta de abstención en el arrendador, que no se opone, ni le exige la entrega de la cosa. Se supone entonces que existe el consentimiento tácito para la prórroga del contrato de arrendamiento.



De allí, que la doctrina reconoce las dos formas del consentimiento: el expreso y el tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

Por otro lado, se denomina también con frecuencia declaración tácita de voluntad a una conducta que, según una disposición legal, debe ser considerada como declaración de voluntad (de determinado contenido) o debe al menos producir los mismos efectos. Pero en realidad, todos estos casos son de naturaleza diferente.

Si es sólo en caso de duda que la conducta debe ser considerada como declaración de voluntad se tratará de una verdadera declaración de voluntad, aunque casi siempre indirecta, cuya existencia se presume en tanto no se pruebe lo contrario (declaración presunta). La prueba de la ausencia de voluntad demuestra que, en realidad, no había una declaración de voluntad (de este contenido) y, por tanto, en tal caso la impugnación no es necesaria ni posible.

Si la conducta debe valer lisa y llanamente como declaración de voluntad de un determinado contenido (*presuntio juris et de jure*), sólo habrá en realidad, una declaración de voluntad si existía efectivamente una conciencia de declaración. No obstante, aun faltando esta conciencia, la conducta debe ser considerada, según disposición del derecho, como declaración (de determinado contenido) y esta sujeta a las disposiciones generales sobre las declaraciones de voluntad. Esta declaración de voluntad presunta sin posibilidad de prueba en contra exige también la capacidad de celebrar negocios jurídicos y dice estar sujeta a impugnación para garantizar su legalidad.



Durante algún tiempo, la doctrina razonó en relación a que sólo aquel que tuviera imposibilidad física para hablar o escribir, podrá expresar su consentimiento por otros signos indubitables. De aquí que se hiciera la siguiente deducción: sólo se aceptaba el consentimiento tácito cuando no podía expresarse por la palabra o por la escritura, la voluntad en los contratos. En contra de esta interpretación, se razonó por otros autores que esta doctrina hacía referencia sólo al consentimiento expreso, pero no prohibía el tácito ni lo restringía a determinadas personas.

Por ello, aunque se decía que esta doctrina excluía el consentimiento tácito, sólo se refería al consentimiento expreso, para el cual se exigía que se hable o que se escriba y en caso de imposibilidad, admite que se empleen otros signos, que son también parte del consentimiento expreso. Por lo mismo, no quiso excluir el consentimiento tácito, que en ninguna parte lo prohibió.”<sup>8</sup>

Esta interpretación era de vital interés porque en ciertos contratos, como la venta de bienes muebles, en los que no se exigía formalidad alguna, bastaba con expresar la voluntad, en forma expresa por la palabra, la escritura o por signos indubitables, o en forma tácita, por la ejecución de actos que necesariamente revelaban la voluntad de comprar y vender.

En la práctica continuamente, para ciertos objetos que tienen precio fijo o marcado en etiqueta, el comprador sin pronunciar palabra, toma la cosa y deposita la moneda, lo que demuestra que aunque tiene posibilidad física para hablar o escribir, no necesita revelar su voluntad por el lenguaje, bastándole ejecutar actos que necesariamente suponen el consentimiento tácito.

En cambio, conforme a la interpretación primeramente expuesta, habría que distinguir si

---

<sup>8</sup> Ibid. Pág. 239



la persona estaba en posibilidad de expresar su voluntad por la palabra o por la escritura, para exigirle esa forma de expresión, y sólo que tuviera una imposibilidad física para llevarla a cabo, se aceptaría el consentimiento tácito, o expreso mediante signos.

Por último, hubo otra interpretación que consideró no aceptar el consentimiento tácito en ningún caso, porque disponía que sólo los que tuvieran imposibilidad física para hablar o escribir podrían expresar su consentimiento por signos indubitables o inequívocos; es decir, sólo se aceptaba las formas de expresión verbal o escrita de la voluntad, o la expresión por el lenguaje mímico, pero nunca la forma tácita que nos supone ni la palabra, ni la escritura, ni la ejecución de signos o señas que demuestren una voluntad. Esta interpretación podría estar en pugna con ciertos casos en que la ley admitía el consentimiento tácito, como en el contrato de arrendamiento, que se regula en la forma ya expuesta en casi todas las legislaciones latinoamericanas.

Todo lo anterior debe interesar, para deslindar o definir en qué casos debe el consentimiento ser expreso, y en qué casos se admite el expreso y tácito a la vez; y dentro de las formas del expreso tiene interés precisar cuándo la voluntad debe manifestarse por la palabra, por la escritura, y cuándo se admite que esa voluntad se exprese por signos o señas. Esto da lugar en el derecho a una clasificación de los contratos en formales y consensuales.

En los contratos formales debe expresarse siempre la voluntad por la escritura; no se acepta que el contrato formal sea válido si el consentimiento simplemente se manifiesta verbalmente por el lenguaje mímico, o bien en forma tácita, por hechos que autoricen a suponerlo.

En cambio, en los contratos consensuales, cualquiera manifestación, expresa o tácita del consentimiento, es válida para la constitución del contrato. Se tratará simplemente de un



problema de prueba para demostrar que hubo consentimiento aun cuando no se recurrió a la palabra ni a la escritura, pero que se ejecutaron ciertos signos, lo cual se puede demostrar con testigos u otros medios generales de prueba que se llevaron a cabo ciertos hechos que implicaban un consentimiento tácito.

#### **2.4. Silencio**

Se presenta, por último, un problema que consiste en determinar si el silencio es una forma de manifestación de la voluntad, que puede tener válidamente consecuencias jurídicas. Este problema se ha suscitado aplicando aquel adagio de que el que calla otorga, y que, por lo tanto, cuando un contratante calla, otorga, es decir, da su conformidad. Sin embargo, este adagio no es cierto jurídicamente. En el derecho, el que calla, no otorga; el silencio no es ninguna forma de manifestación de la voluntad. El que guarda silencio simplemente se abstiene de revelar su voluntad; no lo hace ni en forma expresa, ni en forma tácita, y el derecho no puede deducir consecuencias del simple silencio de las partes.

No obstante, la doctrina acepta un caso en el que el silencio sí produce efectos jurídicos. En efecto, el contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido apersonas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehúsen dentro de los tres días siguientes. La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución de un mandato.

En relación al tema, Vásquez señala: “En primer lugar el problema del valor jurídico del silencio ha sido inexactamente planteado hasta el grado de confundirse con problemas vecinos, pero diferentes. Es así como se ha pretendido ver la consagración de los efectos del silencio, según el cual la facultad de aceptar o de repudiar una herencia, prescribe por



el transcurso del tiempo exigido para la más extensa prescripción de los derechos reales. Esto equivale a decir que la institución de la prescripción se basa en la noción de silencio. En realidad se trata de una manifestación del carácter orgánico de la ley; el legislador edifica, para sí mismo, una situación jurídica que consiste en rechazar la manifestación de voluntad contraria de los interesados, pero la noción de silencio está ausente de ella. Realmente sólo puede hablarse del alcance jurídico del silencio en materia contractual y aun en esta materia deben reunirse determinadas condiciones particulares.

Lo anterior conduce a limitar en extremo el dominio de aplicación del silencio, el consentimiento no se presume y el silencio está desprovisto en principio, de todo significado jurídico. La misma opinión expresa otro sector de la doctrina, que sostiene que se advierte que fuera de las dos hipótesis (tácita reconducción y autorización marital en ciertos casos) en que la ley pronuncia expresamente la asimilación, no puede considerarse que el silencio implique una manifestación de voluntad, salvo en los casos en que el individuo se encuentre colocado en una situación tal, que la otra parte necesariamente deba interpretar su silencio como un compromiso.

Esta situación únicamente se encuentra cuando las partes tienen entre sí relaciones de negocios o cuando ya estaban ligadas por un contrato anterior que se trata de continuar. Por consiguiente, no podría aceptarse la solución propuesta según la cual, se considera que una persona acepta con su silencio, una oferta que se le dirija, siempre que ésta le sea útil y que, por otra parte, no sea contraria al interés general. Con un sistema tan flexible, se vería singularmente comprometida la seguridad económica y aun la moral de todos.”<sup>9</sup>

Por su lado, Joaquín Suárez Nieto señala: “que existen algunas disposiciones en el Derecho francés que atribuyen efectos al silencio, pero sin embargo les niegan el valor de constituir una regla general.

---

<sup>9</sup> Ibid. Pág. 244



Esas disposiciones aisladas no permiten, sin embargo, sentar como regla general el adagio quien nada dice, consiente. Por su índole, y aparte cualquier circunstancia específica, el silencio presenta un significado equívoco. Y, por mucho que se deseche el formalismo, el consentimiento necesariamente ha de demostrarse. En caso de dudas no puede suponerse, porque de no ser así no habría ya libertad para las personas, expuestas continuamente a recibir ofertas múltiples, ni seguridad en las relaciones de negocios.”<sup>10</sup>

En algunas ocasiones el silencio va acompañado de actos, y se interpreta indebidamente que el consentimiento se revela por el silencio, cuando en realidad se revela por los actos que lo acompañan. La ley entonces debe considerar que se ha manifestado la voluntad por aquellos actos, independientemente del silencio.

Por ejemplo, si el arrendatario pregunta al arrendador, vencido el plazo, si puede continuar en el uso y goce de la cosa, y éste guarda silencio, de ahí no podrá derivarse un consentimiento tácito; pero si además, el arrendador no pide la cosa, ni ejecuta actos encaminados a recibirla, de estos actos que acompañaron al silencio sí se desprende el consentimiento tácito para la prórroga del contrato.

## **2.5. La forma como elemento de validez del contrato**

Es un elemento de validez en los contratos, que la voluntad se manifieste con las formalidades que en cada caso exige la ley. Es decir, si la voluntad no se manifiesta con las formalidades legales, el contrato está afectado de nulidad relativa. Las formalidades que requiere la ley suponen siempre el consentimiento expreso; en el tácito no hay formalidades; pero dentro del consentimiento expreso, las formalidades suponen que la voluntad se manifiesta o por la escritura o por la palabra.

---

<sup>10</sup> Suárez Nieto. Joaquín. **El trabajo y sus modalidades**. Pág. 350



Generalmente se cree que el contrato formal es el que debe constar por escrito, y esto que es cierto en la actualidad, no lo fue antes, por cuanto que el Derecho Romano nos demostró que los contratos verbis eran formales, porque en ellos la formalidad consistía en usar palabras sacramentales para revelar la voluntad. De manera que no siempre la formalidad ha consistido en expresar la voluntad por escrito. La formalidad consiste en recurrir a un medio único, determinado por el derecho, para expresar la voluntad, bien sea por la palabra o por la escritura; por esto en el Derecho Romano eran contratos formales, tanto los verbis como los litteris.

En la actualidad, para la expresión del consentimiento revistiendo una formalidad, la ley se ha preocupado sólo de reglamentar la forma escrita, sin exigir para la verbal, el uso de determinadas palabras. Es por esto que en el derecho moderno en rigor sólo son contratos formales aquellos que deben celebrarse por escrito, y los que pueden otorgarse verbalmente ya no se reputan formales, porque no se requiere el uso de palabras sacramentales o determinadas, para que el consentimiento se exprese única y exclusivamente en esa forma.

En cuanto al lenguaje mímico, que es otra forma del consentimiento expreso, éste no es un medio apto para celebrar contratos formales.

Si el contrato formal pretende celebrarse por el lenguaje mímico, o bien por la ejecución de actos que presupongan el consentimiento, este contrato estará afectado de nulidad relativa. De acuerdo con lo expuesto, sólo los contratos consensuales pueden celebrarse válidamente en las tres formas del consentimiento expreso, o bien en la forma general del consentimiento tácito. La formalidad en este caso se requiere por la ley como un elemento de validez del contrato.



## 2.6. El pretendido consensualismo

Algunos autores estiman que la evolución del derecho ha consistido en el paso del formalismo al consensualismo, de tal manera que en la actualidad los negocios jurídicos y especialmente los contratos tienen en principio validez por la sola manifestación de voluntad, sin necesidad de recurrir a formalidades determinadas. Sólo por excepción, cuando la ley exige una forma especial, se deroga la regla general. También en el derecho contemporáneo se sostiene que por razones de seguridad respecto a las partes y con relación a terceros, así como para evitar controversias que de otra manera serían frecuentes, se requiere la escritura pública, para la validez de determinados contratos de cierta trascendencia por su cuantía o por la naturaleza de los derechos que se transmitan o constituyan. Especialmente, tratándose de derechos reales inmobiliarios, ha habido un renacimiento del formalismo, pero ya no con el contenido sacramental del primitivo Derecho Romano, sino para lograr los fines y garantías antes mencionados.

Vásquez en relación a esta evolución del derecho, señala: “Si en el Derecho Civil contemporáneo existe un principio que se considera indiscutible, es el que declaran sustraídos, salvo diversas excepciones, los actos jurídicos a las reglas rigurosas de forma. Se considera que la voluntad engendra, por su sola fuerza orgánica, los actos jurídicos. Especialmente en materia de contratos, se afirma que los contratos son en principio consensuales, y solemnes por excepción. Hace algunos años se enunciaba esta pretendida regla, considerándola como indudable por sí misma; junto a los contratos solemnes, se citaban, simplemente a título de excepción, los contratos reales. Sea de ello lo que fuere, actualmente se ha producido un cambio total en los conceptos y se pregunta si no debe cambiarse el enunciado de la regla general y de la excepción, constituyendo ésta, aquélla; lo anterior equivale a decir que el acto jurídico dependería más bien de una cuestión de forma que de una cuestión de voluntad.”<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Vásquez. Ob. Cit. 358



Uno de los autores que se pronuncia por la libertad de forma como regla general, es precisamente Vázquez, quien estima que desde el punto de vista de la buena fe y de la justicia, el negocio jurídico debe producir sus consecuencias independientemente de la forma que se emplee para manifestar la voluntad. Se expresa así: “la libertad de forma como regla, constituye una solución indudablemente justa, pues una disposición general de forma significa un entorpecimiento tan grande para el tráfico que a veces casi necesariamente deja de ser observada y además su última consecuencia es que el contrayente de buena fe se entrega al de mala fe, porque el hombre de conciencia se considera también obligado por la promesa sin forma, al paso que el de mala fe no tiene escrúpulo en invocar la invalidez del negocio en que no se ha llenado la forma legal.

Ahora bien, en casos bastante numerosos se prescribe una forma para las declaraciones de voluntad. Las disposiciones de forma tienen por objeto la protección contra la precipitación, la mayor seguridad de la conclusión del negocio (y su distinción de los actos preparatorios) y del contenido del mismo, facilitar la prueba y, a veces también, la posibilidad de que sea conocido por terceras personas.”<sup>12</sup>

De lo anterior se deducen ventajas y desventajas. La forma contribuye a que las partes mediten bien sus resoluciones y no se precipiten a tomarlas antes de tiempo. En la fase preliminar de las negociaciones, evita que uno de los contratantes sorprenda a otro por la palabra, antes de haber madurado su decisión. Aumenta la claridad y precisión de las declaraciones. Facilita y asegura la prueba.

Estos fines y efectos, tienden, primordialmente, a proteger a las personas que toman parte en el negocio, pero a la par contribuyen a simplificar el proceso, la forma permite al juez distinguir entre las declaraciones que se hacen seriamente y aquellas otras por las que las partes no quieren todavía obligarse. Diferente finalidad presenta el requisito de la

---

<sup>12</sup> Ibid. Pág. 361



escritura en los títulos y valores, donde la incorporación del crédito al documento tiende a facilitar su circulación. Mas, como ya se dijo, no se crea que la forma tiene sólo ventajas, también lleva aparejados inconvenientes. Por sencilla que sea, siempre puede resultar una traba inútil, haciendo que un negocio previo y sin tacha en su contenido fracase por un simple vicio de forma. Por eso el legislador debe procurar no apartarse del principio de la libertad de forma más que en aquellos actos que estima importantísimos o peligrosos.

No entran en el concepto de la forma aquellos actos o hechos que se cuentan entre los elementos o requisitos del negocio jurídico, sin ser medios de exteriorización de la voluntad. Así, por ejemplo, la entrega de la cosa o inscripción en el registro no son la forma del acto jurídico de traspaso de la propiedad, aunque sí requisitos de él.

### **2.7. La supervivencia del formalismo del contrato**

Al respecto, Vázquez señala: “Se estima que no ha habido un renacimiento del formalismo, sino más bien una supervivencia de él; pero se le da al citado término una acepción más amplia, pues se considera que no sólo debe comprender los actos jurídicos solemnes del derecho francés, sino también aquellos que se sujetan a determinadas formalidades y los que requieren una manifestación de voluntad expresa. No se acepta que el formalismo se confunda con el simple requisito probatorio.”<sup>13</sup>

En lugar de referirse a la supervivencia del formalismo, los autores deliberadamente hablan del renacimiento del formalismo. Con riesgo de contradecir las ideas admitidas, se hará referencia a la supervivencia del formalismo en los actos jurídicos del Derecho Civil, y no a su renacimiento. Aunque no se dará al término formalismo, el sentido limitado que por mucho tiempo se le ha atribuido. Se advierte en el formalismo una noción variable, que se realiza tanto en los actos jurídicos calificados ordinariamente de solemnes, como

---

<sup>13</sup> Ibid. Pág. 367



en los sometidos a formas o formalidades particulares y en aquellos que requieren una manifestación de voluntad expresa. Hasta aquí no ha intervenido la cuestión de la prueba por escrito, que no traduce la supervivencia del formalismo en el seno de la legislación civil. Un rápido examen de todos estos puntos de vista, demostrará que el derecho civil moderno, nunca ha repudiado, de una manera general, el formalismo y que simplemente lo ha restringido, por lo demás, con fines múltiples. Para demostrarlo, debe recordarse la esencia del formalismo.

En relación con este problema Vásquez distingue tres conceptos posibles respecto al acto jurídico: El concepto psicológico, el formalista y el mixto.

El primer concepto parte de la base de que el acto jurídico es esencialmente una declaración de voluntad que tiene por objeto producir consecuencias de derecho. en tal virtud, la voluntad real de quienes participan en dicho acto debe ser la que produzca las consecuencias jurídicas, independientemente de que se le revista o no de una forma determinada. El concepto formalista parte de una idea opuesta, pues considera que el acto jurídico tiene validez en tanto y cuanto la voluntad se manifiesta observando las formas legales, de tal suerte que por sí sola es inoperante. Por último, el concepto mixto le da un doble aspecto al acto jurídico, pues respecto a las partes lo esencial es la declaración de voluntad, independientemente de la forma que se emplee para expresarla; en cambio, respecto de terceros, no tendrá validez la modificación que se hiciera a través de contra documentos, que sólo surtirán efectos entre los interesados.

Apréciase que el concepto mixto del acto jurídico, nada tiene que ver con la cuestión de sus efectos, contrariamente a lo que se ha sostenido, a veces, so pretexto de la noción de oponibilidad a los terceros. No se trata de saber cuáles son los efectos de un acto cuya existencia es indiscutible, sino de si un acto existe: Tratándose de los contra-documentos, existe un acto jurídico sólo que para las partes este acto se identifica con su voluntad



interna, en tanto que para los terceros se identifica con la manifestación exterior de esta voluntad en su primer estado.

De acuerdo con las reglas del Código de Napoleón, puede hablarse de una manifestación atenuada del formalismo en la actualidad, pues en dicho Ordenamiento no se exige sino en forma excepcional la solemnidad para que el acto jurídico tenga existencia y validez, bastando en la mayoría de los casos que la voluntad sea expresa. De esta suerte el consentimiento expreso en oposición al consentimiento tácito viene a desempeñar un papel equivalente al de la forma, entendiendo este término en su sentido limitado y estricto. Sin embargo, debe precisarse qué sentido tiene en la doctrina francesa la distinción que ya se ha expresado respecto a las dos formas del consentimiento.

Al respecto, Vásquez señala: “Una teoría de la voluntad expresa y de la tácita, puede escogerse entre dos concepciones; una, puramente materialista y formal y la otra psicológica y razonada. La primera consiste en la necesidad, para que exista voluntad expresa, de consignar el acto de voluntad en una forma material por escrito, en una palabra o en un gesto. La segunda, por el contrario, menos simplista, exige que se emita en concordancia con el acto jurídico determinado, una voluntad directa y positiva. Entre estos dos conceptos de la voluntad expresa existe una gran diferencia de hecho.

En el primer caso, indudablemente nos encontramos muy cerca del formalismo antiguo, con la diferencia de que casi no se exige el empleo de términos sacramentales. En cambio, en el segundo, nos encontramos ante una situación ante todo psicológica y mucho más compleja; el sujeto de derecho debe tener, sin duda alguna, el dominio de su personalidad en el sentido de la realización de un acto jurídico determinado, la ausencia de toda incertidumbre a este respecto no debe resultar ya exclusivamente del uso de un signo material, como tampoco de una investigación meramente psicológica; debe derivarse de la imposibilidad de interpretar la situación en forma distinta a la resolución



en el sujeto de derecho, de realizar el acto jurídico considerado.

De aquí los dos caracteres que exigimos en la voluntad expresa: primeramente una voluntad directa, es decir, que sea una voluntad en correlación exclusiva e inmediata con la naturaleza específica del acto jurídico considerado; en segundo lugar una voluntad positiva, es decir, que se traduzca en una afirmación clara y caracterizada y en consecuencia, indiscutible.

Por ello no se acepta como manifestación de voluntad expresa un simple signo o gesto, como una inclinación de cabeza; al mismo tiempo, se niega a un sordomudo la posibilidad de emitir una voluntad expresa; una duda domina necesariamente sobre la existencia de la pretendida voluntad emitida por una persona que sufre tal enfermedad. Se estima que éstas son las dos únicas concepciones posibles de la noción de voluntad expresa.

Finalmente, por oposición a la voluntad expresa, se encuentra la tácita, la que se induce de documentos, palabras o hechos que, sin tener por objetivo directo, positivo o exclusivo manifestar la voluntad generadora de un acto jurídico determinado, su mejor explicación consiste en la existencia de esta voluntad en su autor.

## **2.8. Características del formalismo del contrato**

El formalismo ha sido una característica de los derechos primitivos. El Derecho romano presentó en un principio las manifestaciones más rigurosas del formalismo, por cuanto que exigió para ciertos contratos el empleo de fórmulas sacramentales; pero después se operó una evolución dentro del seno mismo de ese derecho que permitió llegar a los contratos consensuales. Es así como la venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato tuvieron validez por la simple manifestación del consentimiento independiente de una forma determinada. En la venta no debe confundirse la validez de este contrato, que



como tal no era translativo de dominio, con un efecto jurídico distinto, consistente en operar la transmisión de la propiedad. El contrato como tal era válido por el simple consentimiento de comprador y vendedor, sobre la cosa y el precio. Su efecto jurídico consistía sólo en transmitir la posesión de la cosa y, por lo tanto, el vendedor estaba obligado a hacer la entrega al comprador. Para la transferencia del dominio sí era menester recurrir a formas determinadas, consistentes, según la época, en la mancipatio, en la in jure cessio y en la traditio. Hubo una categoría intermedia de contratos, o sean los reales (mutuo, comodato, depósito y prenda) en los que se exigía para su constitución misma la entrega de la cosa, de tal manera que además de la manifestación de voluntad de ambas partes en la celebración del contrato, se requería un acto especial consistente en la entrega por una parte de la otra del bien que fuere objeto del mutuo, comodato, depósito o prenda.

Vásquez caracteriza el sistema romano a través de las tres siguientes notas:

- a. La voluntad, por sí misma, es impotente para crear un acto jurídico. Este principio se aplica al pacto, es decir, a un acuerdo de voluntades, pues éste es impotente para engendrar obligaciones; para alcanzar este resultado debe convertirse en contrato, dependiendo este cambio de la supervivencia de un elemento meramente formal;
- b. La forma que ha de revestir la voluntad es rigurosamente sacramental e inmutable. La flexibilidad del formalismo consiste, precisamente en multiplicar las formas y en despojarlo de esa inmutabilidad.
- c. El empleo de la forma sacramental sustituye, si no la existencia de la voluntad, sí, por lo menos, su integridad y móviles.”<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Ibid. Pág. 369



## **2.9. La forma como elemento de prueba**

Normalmente, el derecho procesal general, exige que los contratos consten por escrito, para que puedan ser debidamente probados, o bien para que se dé entrada a una demanda en que se invoque un determinado contrato. Si éste no consta por escrito, su comprobación se vuelve difícil y en algunos casos implica el rechazo de la demanda.

En estos casos la ley requiere la forma escrita, no como un elemento de validez en la expresión del consentimiento, sino simplemente como un elemento de prueba. Por ejemplo, no puede intentarse una demanda de tercería excluyente de dominio aun respecto de bienes muebles, si no se presenta el título que justifique la propiedad de los mismos.

No obstante, en materia laboral en vista de que el contrato de trabajo se perfecciona con la simple prestación del servicio y de que la obligación de elaborarlo por escrito es del patrono, solo puede exigirse la existencia del documento para hacer prueba de éste.





## CAPÍTULO III

### 3. El objeto como elemento esencial del contrato

#### 3.1. El objeto directo e indirecto en el contrato

El objeto en el contrato no es la cosa o el hecho. Estos son los objetos indirectos de la obligación, pero como el contrato la crea y ésta tiene como objeto la cosa o el hecho, la terminología jurídica, por razones prácticas y de economía en el lenguaje ha confundido, principalmente en los códigos, el objeto de la obligación con el objeto del contrato. De esta manera, son objeto de los contratos: la cosa que el obligado debe dar y el hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Desde el punto de vista doctrinario se distingue el objeto directo, que es crear o transmitir obligaciones en los contratos, y el objeto indirecto, que es la cosa o el hecho que asimismo son el objeto de la obligación que engendra el contrato. A su vez, en la obligación el objeto directo es la conducta del deudor, y el indirecto la cosa o el hecho relacionados con dicha conducta.

De lo anterior, se infiere que el objeto inmediato del contrato es, en realidad, la obligación que por él se constituye; pero como ésta, a su vez, tiene por contenido una prestación de dar, de hacer o no hacer, se llama ordinariamente objeto del contrato a las cosas o servicios que son materia, respectivamente, de las obligaciones de dar o de hacer.

#### 3.2. Requisitos esenciales del objeto del contrato

En las obligaciones de dar, el objeto consiste en la cosa cuyo dominio o uso se transmite. Como requisitos esenciales de la cosa se contemplan los siguientes: la cosa debe ser



físicamente posible; y la cosa debe ser jurídicamente posible.

En cuanto al primer requisito, se dice que la cosa es físicamente posible cuando existe en la naturaleza; por lo tanto, hay una imposibilidad física cuando no existe, ni puede existir en ella. Así entonces, es nulo el contrato cuyo objeto es físico o legalmente imposible. Propiamente no se trata de nulidad, sino de inexistencia, por cuanto que hay una imposibilidad física respecto a la existencia de la cosa; falta entonces al contrato un elemento esencial como es el objeto y, por este motivo, es inexistente.

Distinto es el caso de las cosas futuras que no existen en el momento de la celebración del contrato, pero que pueden existir en el momento del cumplimiento del mismo, no implican una imposibilidad absoluta. Constantemente en el comercio hay transacciones anteriores a la fabricación de los productos. En realidad se están enajenando cosas futuras; pero no son cosas que no puedan existir en términos absolutos, sino que no existen sólo en el momento de la celebración del contrato.

Las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación. Este caso es sumamente frecuente; los hallamos, por la índole misma de las cosas, siempre que la obligación tenga como objeto la prestación de un servicio; asimismo la entrega de una cosa material, que no sea la dación efectuada simultáneamente con la declaración de voluntad de las partes, es en cierto modo una cosa futura, cuando la individualización de la cosa ha de hacerse posteriormente.

Por todo ello, no existe razón del por qué una cosa todavía no existente en el momento del contrato no puede constituir el objeto de una obligación. En la práctica es frecuente que un industrial venda mercancías todavía no fabricadas y, a veces los agricultores venden por anticipado los productos de sus cosechas. Para poder impugnar la validez de las obligaciones referentes a cosas futuras, habrá que alegar, o la indeterminación del objeto,



o la noción de orden público, que en ciertos supuestos se opone, en mayor o menor grado a que se celebren contratos para lo porvenir.

El segundo requisito esencial de la cosa objeto del contrato consiste en que sea jurídicamente posible. Se dice que lo es, cuando está en el comercio y cuando es determinada o susceptible de determinación jurídica; por lo tanto; son cosas imposibles desde el punto de vista jurídico las que están fuera del comercio y las que no pueden determinarse.

Cuando la cosa no puede determinarse, existe una imposibilidad jurídica para que sea objeto de contrato, y si éste se celebra será inexistente por falta de un elemento esencial. En el derecho existen tres grados para la determinación de las cosas: determinación individual, determinación en especie y determinación en género.

Para que la cosa sea posible jurídicamente debe estar determinada en forma individual o en su especie. La determinación en género, que tiene interés para las ciencias naturales, carece de valor en el derecho, porque se considera que cuando la cosa está determinada sólo en cuanto a su género, no es determinable jurídicamente.

Objetos totalmente indeterminados. El lazo obligatorio no se forma cuando el objeto de la obligación no está determinado.

Si la indeterminación recae sobre la naturaleza del objeto, no se sabe qué cosa o qué hecho puede reclamarse al deudor. Quien hubiese prometido un animal, en realidad no ha prometido nada, puesto que podía liberarse proporcionando a su acreedor un insecto insignificante. Si la indeterminación recae sobre la cantidad, siendo la cosa indeterminada en su especie, el deudor podía liberarse ofreciendo al acreedor una prestación risible; si ha prometido trigo o vino, sin precisar nada, su obligación podría



reducirse a una gota de vino o a un grano de trigo, y el crédito sería vano.

Objetos determinados en su género. Basta, para la validez de la obligación, que la cosa que constituye su objeto esté determinada en género y cantidad, sin estarlo en su individualidad.

La mayoría de las ventas de mercancías, sobre todo en el comercio al por mayor, se hallan en este caso: las vigas, el carbón, el café, etc., se venden en esta forma; la procedencia que indica la naturaleza y calidad, y la cantidad, fijada por una cifra, son las únicas que se indican. En el momento de la expedición o de la entrega se designa individualmente el objeto de la venta. Se dice que semejante obligación tiene por objeto un género. El Derecho emplea la palabra «género» en el sentido restringido que las ciencias naturales dan a la palabra especie.

Existe la determinación individual cuando se caracteriza la cosa por sus atributos propios, de tal manera que se distingue de cualquier otro bien. La determinación en especie atiende al género, a la cantidad y a la calidad de la cosa. Basta precisar el género y cantidad, aun cuando no se fije la calidad, porque el derecho considera que entonces se tratará de un objeto de mediana calidad dentro de su categoría. No bastaría la determinación atendiendo al género, si no se señala cantidad, porque sería en tal forma imprecisa la prestación que carecería de interés jurídico para el acreedor. Es decir, las cosas determinadas en su género sólo tienen interés para el acreedor cuando se dan en una cantidad determinada.

Por ejemplo, se determina por su género un bien fungible (digamos arroz u otro cereal); si no se diese un factor más, que es la cantidad, la prestación carecería de valor para el acreedor, en virtud de que el deudor podría cumplir su obligación entregando cualquier cantidad de arroz. Pero si se dice “cien kilos de arroz” ya tenemos el género (arroz) y la



cantidad (cien kilos), que le dan interés jurídico a la prestación. No importa que se omita la calidad, porque entonces el derecho suple la voluntad de las partes y considera que se trata de mediana calidad.

Por último, la determinación en cuando al género únicamente tiene importancia para las ciencias naturales, principalmente para las biológicas; pero carece de valor en el derecho, porque origina una indeterminación tal, que también carecería de interés jurídico para el acreedor la caracterización de una cosa atendiendo únicamente a su género. Por ejemplo, precisamos por su género una cosa diciendo que es un animal; pero para el derecho, contratar sobre un animal carece de interés jurídico en lo absoluto, porque el deudor podría entregar cualquier animal sin valor, o inclusive un animal nocivo.

Atendiendo a estas tres formas posibles de la determinación: individual, específica y genérica, se dice que la cosa es posible jurídicamente cuando se determina o en forma individual o por su especie, cuando ésta permite darle valor económico a la prestación. Se considera que la cosa no es determinada ni susceptible de determinarse, cuando sólo se atiende al género, sin precisar la especie y la cantidad. La calidad no es necesaria, pues, usualmente, la ley la determina en caso de silencio.

En estas condiciones, la indeterminación del objeto origina la imposibilidad para celebrar el contrato, pues si éste recae sobre un objeto que no es determinado, ni puede determinarse atendiendo a las reglas expuestas, el contrato será inexistente.

Un segundo requisito para la posibilidad jurídica del objeto consiste en que la cosa se encuentre en el comercio. Si está fuera de él, existe simplemente una imposibilidad jurídica, aun cuando no física, para la contratación.

Es necesario distinguir estas cosas que están fuera del comercio y que hacen imposible el



contrato cuando recaiga sobre ellas, de las cosas inalienables. Toda cosa que esté fuera del comercio es inalienable; pero no toda cosa inalienable está fuera del comercio. Cuando la cosa está fuera del comercio, esta circunstancia necesariamente la hace inalienable, porque no puede entrar al patrimonio de los particulares.

En cambio, hay cosas que son inalienables, pero que están en el comercio y han sido y son objeto de propiedad particular. En estos casos la inalienabilidad sólo se decreta para proteger determinados intereses, pero no atendiendo a la circunstancia de ser cosas fuera del comercio.

Por ejemplo, el patrimonio familiar es inalienable, pero es objeto de propiedad particular y, por consiguiente, está en el patrimonio y en el comercio.

Cosas que están fuera del comercio. La expresión -en el comercio- no hace alusión a lo que se llama comercio en el lenguaje jurídico moderno; el comercio, objeto del derecho mercantil, es la especulación sobre los muebles de toda clase, materias primas y productos fabricados, que los comerciantes compran con el fin de revender más caro de lo que los han comprado. De esta suerte, cuando la ley nos dice que las cosas que están en el comercio son las únicas que pueden ser objeto de las convenciones, nada nuevo nos dice, puesto que si ellas están en el comercio, es justamente, porque pueden servir de materia a los contratos.

En principio, todas las cosas están en el comercio. Aquellas que están sustraídas a las convenciones de los particulares son excepcionales. Puede citarse como tales:

- a. El estado y la capacidad de las personas, que escapan, en general, a toda modificación convencional;
- b. Los bienes del dominio público, que son inalienables;



- c. Ciertos bienes de los particulares, cuya enajenación desea impedir la ley; por ejemplo, los bienes dotales de la mujer casada bajo el régimen dotal;
- d. Algunos productos u objetos peligrosos, cuyo tráfico está prohibido o estrechamente vigilado, sustancias venenosas; animales con enfermedades contagiosas;
- e. Las sucesiones futuras; 6º La clientela de los profesionales.

### **3.3. Ilícitud del objeto**

El segundo requisito en el objeto de las obligaciones de hacer o de no hacer, consiste en la licitud de la prestación o de la abstención. En términos generales se dice que es lícita la prestación o abstención cuando no son contrarias a la ley; pero este concepto tan amplio para definir cuándo el hecho es lícito, no tiene aplicación conveniente y útil en los problemas de nulidad que necesariamente se presentan cuando el hecho es ilícito, porque en rigor la ley requiere cierto grado de ilicitud para afectar con la nulidad la obligación de hacer o de no hacer. En otras palabras: no todo acto ilícito en sentido general origina la nulidad absoluta o relativa del mismo. Existen actos que son considerados como ilícitos por cuanto que van en contra de una ley, pero el grado de ilicitud no es suficiente para que el legislador los sancione con la nulidad; por esto si es ilícito todo aquello que se ejecuta en contra de la ley.

### **3.4. La gradación en los actos ilícitos**

Si el contrato se lleva a cabo en contra de una ley que no sea prohibitiva, imperativa o de interés público, en términos generales podría decirse que el objeto es ilícito, pero que no está sancionado con la nulidad. Es necesario, por consiguiente, para estudiar la nulidad en los contratos, por ilicitud, determinar cuáles son los grados que la ley usualmente toma en cuenta.



Generalmente, existe ilicitud que origina la nulidad, cuando se violan las leyes prohibitivas, imperativas, pueden ser normas del derecho público (constitucional, penal, administrativo o procesal), y normas del Derecho privado que tengan un interés público o las buenas costumbres. Las leyes de interés público como son las relativas al estado y capacidad de las personas. También cabe mencionar todo lo relativo a la regulación de la propiedad, especialmente inmueble, y los demás derechos reales, así como las normas protectoras en materia de obligaciones y contratos. En cuanto a las normas penales, en ellas prevalece la pena o sanción pública para el caso de violación; pero evidentemente que será nulo todo acto o contrato que tenga por objeto conculcar dichas normas. En términos generales cabe decir que son nulos todos los actos o negocios jurídicos por virtud de los cuales se violen normas de Derecho público o de Derecho privado, siempre que estas últimas sean de interés general, lo que les da el carácter de irrenunciables.

En el Derecho constitucional desde luego cabe considerar que son nulos los contratos que impliquen renuncia a las garantías individuales; los que estipulen la esclavitud; los que impidan al contratante que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos; los que pacten la prestación de servicios sin retribución, en cuanto a obligar al contratante que cumpla en lo futuro la prestación a que se hubiere comprometido gratuitamente; los contratos de trabajo que excedan de un año en perjuicio del trabajador; los que impliquen renuncia, pérdida o menoscabo de los derechos políticos; los que pacten monopolios o estancos, o estipulen concentración o acaparamiento de artículos de consumo necesario, eviten la libre competencia, tengan por objeto obtener el alza de los precios, o en general persigan una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

En el Derecho procesal encontramos un conjunto de normas. Por ejemplo, no pueden los particulares afectar las formas esenciales por procedimiento renunciado al derecho de



contestar demanda, rendir pruebas o alegar, ni pueden renunciarse los recursos que la ley regula. En todo caso, debe observarse la norma tutelar de la igualdad de las partes dentro del proceso, de manera tal que su curso fuera el mismo aunque se invirtieran los papeles de los litigantes”. De lo expuesto se desprende que será nulo el contrato por virtud del cual se violen normas de derecho procesal.

Por último, existen normas del derecho privado que se enuncian en forma prohibitiva o imperativa, porque en ellas el legislador trata de proteger en forma especial intereses de orden colectivo. Son principalmente las normas relativas al estado y capacidad de las personas.

Encontramos, por ejemplo, para los incapaces una serie de normas prohibitivas: el tutor no puede, verbigracia, ejecutar ciertos actos de dominio y para celebrar otros actos, debe sujetarse a ciertos requisitos, principalmente al de la autorización judicial. El menor incapacitado no puede celebrar actos de dominio respecto de bienes inmuebles.

Se considera, en términos generales, que todas las leyes prohibitivas o las imperativas del Derecho privado traen consigo la nulidad absoluta, cuando son violadas; pero se admite la excepción expresa en ciertos casos en que el legislador la caracteriza como nulidad relativa. .

No todas las prohibiciones contenidas en las normas de Derecho civil o comercial protegen intereses públicos. En ocasiones el legislador se ve obligado a usar la forma prohibitiva no para proteger un interés social, sino particular, y en este caso la violación de la norma prohibitiva no trae como consecuencia la nulidad absoluta, sino relativa. Por ejemplo, en materia de copropiedad se dice que no pueden los copropietarios ejecutar actos de administración, si no existe la mayoría de personas y de intereses; o que no pueden ejecutar actos de dominio si no existe la unanimidad de voluntades. Parecería que



el acto que ejecutase el copropietario violando esta norma prohibitiva traería consigo la nulidad absoluta; es decir, que no podría convalidarse por la ratificación posterior que llevara a cabo el copropietario o copropietarios excluidos, y esto no es exacto. En la copropiedad se trata de proteger intereses particulares de los condueños y los actos ejecutados contra esas normas prohibitivas sólo están afectados de nulidad relativa, ya que la nulidad es prescriptible, y es posible la convalidación por la conformidad tácita o expresa del copropietario excluido.

En cambio, se encuentra en las normas del Derecho civil relativas al estado y capacidad de las personas, y también en ciertas transacciones, que se estiman de interés público, preceptos prohibitivos cuya violación se sanciona con la nulidad absoluta.

Así el contrato contrario a una prohibición legal es nulo. Pero aquella parte que conociera o tuviera que conocer la circunstancia de ser el contrato contrario a la prohibición legal, tiene que resarcir a la otra el interés negativo, a menos que también ésta conociera o tuviera que conocer esa prohibición.

El ámbito de esta regla alcanza no sólo a los contratos cuya conclusión está prohibida (convenio de intereses o de no responsabilidad por dolo futuro), sino también en principio a aquellos cuyo efecto sería contrario a una ley, o sean, especialmente, los contratos obligatorios por los cuales se promete una prestación prohibida.

Por tanto, por lo regular, es también nulo el contrato por el que se promete una prestación que contradice a una prohibición legal de enajenar. Pero si la prohibición de enajenar sólo tiende a proteger a ciertas personas, no cabe aplicar esta regla, porque, la enajenación no es plenamente nula, sino sólo eficaz frente a estas personas determinadas. Así, pues, la promesa de una prestación semejante no es comparable a la promesa de una prestación que sólo es imposible al deudor por la circunstancia de que no le es dable disponer sobre



el objeto de la prestación, en razón al derecho de una tercera persona. Por esto y por analogía con los contratos sobre prestaciones subjetivamente imposibles, el contrato ha de considerarse válido y obliga a la prestación de pleno interés.





## CAPÍTULO IV

### 4. La invalidez del contrato de servicios profesionales que se ha utilizado para encubrir un contrato de trabajo

#### 4.1. El contrato de servicios profesionales

El Código Civil guatemalteco, define al contrato de servicios profesionales, como aquel que se celebra entre aquellas personas que ostentan la calidad de profesionales liberales o universitarios y el contratista de esos servicios. La característica fundamental de esta clase de contrato es que apareja como contra prestación a la prestación de servicios profesionales, el pago de honorarios profesionales que pueden ser pactados libremente y conforme las condiciones que se regulen en ese mismo contrato.

Es importante destacar que la calidad de profesional liberal no priva a quien ostenta la misma de poder emplearse mediante una relación de servicios subordinados o más bien dicho, mediante una relación de trabajo o relación asalariada.

**Características y naturaleza.** El contrato de servicios profesionales, presenta como características, las siguientes:

- a. Solo puede ser desempeñado por aquellas personas que tengan la calidad de profesionales liberales, obtenida mediante la expedición de los correspondientes títulos universitarios que los acrediten como tales;
- b. La prestación del servicio profesional, no está sujeta a la fiscalización, orientación y supervisión del que contrata los servicios profesionales.
- c. Los servicios profesionales no necesariamente impone la obligación para quien los presta de desarrollarlos dentro de la sede de quien los contrata;



- d. El prestador de servicios profesionales no está sujeto a horarios ni a jornada de trabajo alguna;
- e. El pago de los honorarios para el profesional se puede contratar libremente, sin atenderse necesariamente a cuantía alguna;
- f. Los honorarios profesionales se deben pagar al profesional cualquiera que sea el éxito o resultado del negocio o asunto en el que hubiere intervenido por razón de su profesión;
- g. El prestador de servicios profesionales debe expedir a quien contrata sus servicios la correspondiente factura por el monto de los honorarios profesionales devengados. Debe entenderse que esta característica sólo se presenta en el típico contrato de servicios profesionales, más no en el caso de aquellos profesionales que se emplean mediante un contrato de trabajo, en una relación meramente asalariada;
- h. El prestador de servicios profesionales se convierte en agente retenedor de los impuestos al valor agregado y sobre la renta a favor del Estado;
- i. La figura que se utiliza para poner fin al contrato de servicios profesionales es la de la rescisión, que impone a quien contrató los servicios del profesional, la obligación de pagar los servicios que se han prestado hasta el momento en que se produce aquella.
- j. La ley contempla la prohibición para la prestación de servicios profesionales para el caso de aquellas personas que no reúnan esa calidad, contemplando incluso la disposición de no retribuir los servicios prestados, además de que se deduzca la responsabilidad penal por la usurpación de calidad que supone el arrogarse la calidad de profesional, sin poseerla.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este contrato, es eminente que la misma corresponde al campo de los derechos privados, pues es un figura que corresponde al derecho común, en la que se presenta liberado el principio de la autonomía de la voluntad, y por consiguiente, en la cual las partes pueden contratar libremente.



## **4.2. El contrato individual de trabajo**

### **4.2.1. Fundamentación constitucional**

De conformidad con la Constitución Política de la República, el contrato de trabajo se regula en los Artículos 101 y 102, que por un lado establece que el trabajo es un derecho de la persona y simultáneamente una obligación social, y posteriormente regula con categoría de Derechos Sociales Mínimos, todas las condiciones de contratación individual que deben regularse en el contrato individual de trabajo, de consiguiente, el contrato individual de trabajo, únicamente contiene las condiciones de prestación de los servicios mínimas establecidas por la Constitución de la República.

Mención especial merece, el segundo párrafo contenido en el Artículo 106 de la Constitución Política, que en relación a la irrenunciabilidad de los derechos laborales, establece que serán nulas ipso jure y no obligaran a los trabajadores, aunque se expresen en un contrato colectivo o individual de trabajo, en un convenio u otro documento, las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución, tergiversación o limitación de los derechos reconocidos a favor de los trabajadores en la Constitución, en la ley, en los tratados internacionales ratificados por Guatemala, en los reglamentos u otras disposiciones relativas al trabajo. Cualquier alteración de las condiciones de trabajo que se pretenda hacer por cualquier medio, incluido el de la simulación misma del contrato de trabajo, nula de pleno derecho, y no deberá obligar a los trabajadores. Es decir, que la contratación individual en Guatemala, se caracteriza por un blindaje impenetrable, que deriva de la fundamentación y protección que la Constitución Política de la República atribuye al trabajo y de consiguiente a la contratación de éste.



#### 4.2.2. El contrato en el Código de Trabajo

**Definición legal:** El Código de Trabajo en su Artículo 18, establece que: El contrato individual de trabajo es el vínculo económico jurídico, mediante el que una persona (trabajador) queda obligada a prestar otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de ésta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma.

La definición establecida en el Código de Trabajo, es la más apegada a lo que es la figura del contrato individual de trabajo, porque incluye dos elementos propios o característicos determinantes de la existencia del contrato mismo y de la relación de trabajo, como lo son el aspecto meramente jurídico, connotado con la suscripción del documento y del aspecto económico connotado por la retribución que se hace efectiva al trabajador como contraprestación al trabajo realizado, para pasar señalando e identificando a los sujetos de la relación de trabajo, que son precisamente el trabajador y el patrono, hasta llegar a esos elementos propios, que son por un lado la subordinación (dirección o dependencia continuada), sin la cual no puede existir el contrato de trabajo y la ausencia de riesgo materializada por la responsabilidad que asume quien ordena la ejecución de las labores.

Por todo lo anterior, puede afirmarse que el Código de Trabajo presenta una definición acertada de aquella institución.

**Clasificación de los contratos individuales de trabajo:** Los contratos individuales de trabajo de acuerdo con lo establecido en los Artículos 25, 27 y 28 del Código de Trabajo, observan dos clasificaciones, la primera de ellas que atiende al plazo de celebración de los contratos, y la segunda que atiende a la celebración de los mismos. Así, los contratos individuales de trabajo, se clasifican en:



Los contratos individuales de trabajo, por el plazo de su celebración pueden ser:

- a. **Contrato a tiempo indefinido o contrato tipo.** Este tipo de contrato individual de trabajo, toma su nombre de ser precisamente el que la misma legislación laboral por virtud de la búsqueda de la estabilidad de las relaciones laborales considera es el contrato tipo o regla general, derivado de que el Artículo 26 del Código de Trabajo norma que todas las relaciones de trabajo y contratos de trabajo deben de tenerse por celebrados a tiempo indefinido, considerando a ambos de naturaleza continuada y excluyendo expresamente a aquellas actividades laborales que por su naturaleza muy especial puedan prever desde el momento de su inicio el hecho o circunstancia que irremediamente le pondrá fin. El Código de Trabajo lo define en su Artículo 25 a), como aquel contrato en el que no se prevé fecha para su terminación.
- b. **Contrato a plazo fijo.** Este contrato individual de trabajo tiene carácter de excepción, en vista de que no encaja dentro de la regla de indefinición que busca que las relaciones de trabajo sean perdurables. Asimismo es importante que para su determinación no es suficiente lo que al respecto señala la definición del artículo 25 b), del Código de Trabajo, en cuanto a que es aquel que señala fecha para su terminación sino que además hay que establecer si la actividad laboral que origino su celebración no es de naturaleza continua y por ello deba subsistir la relación laboral, no obstante y haberse llegado la fecha que se señaló dentro de su contenido para su terminación.
- c. **Contrato para obra determinada.** Este contrato individual de trabajo complementa los dos casos que observan carácter de excepción en la legislación laboral guatemalteca, pues se prevé que solo podrá celebrarse en el caso que se pueda prever el acaecimiento de un hecho o circunstancia que le ponga fin como es



precisamente la conclusión o entrega de la obra.

Los contratos individuales de trabajo, por su forma de celebración pueden ser:

- a. **Contratos individuales de trabajo escritos.** Esta clase de contratos constituyen la regla general de celebración de los mismos, pues como lo prevé el artículo 28 del Código de Trabajo, todo contrato individual de trabajo debe extenderse por escrito en tres ejemplares y por cuenta del empleador, esto significa que la obligación de redactarlo es únicamente del empleador, porque ese mismo Código, en su Artículo 30, prevé que la inexistencia o falta de contrato por escrito es imputable al patrono, y en consecuencia se presumen ciertas todas las estipulaciones que en relación al contrato de trabajo afirme el trabajador. De tal cuenta, que aunque esta es la regla general de celebración del contrato individual de trabajo, no es problema del trabajador el que se haga o no por escrito, pues esa obligación está impuesta únicamente al patrono.
  
- b. **Contratos individuales de trabajo verbales.** Esta clase de contratos constituye la excepción a la regla general de celebración por escrito de los mismos, y únicamente se admite su celebración en esa forma solo para ciertas y determinadas actividades laborales, de acuerdo a como lo establece el artículo 27 del Código de Trabajo, entre las que se incluye el trabajo doméstico, el trabajo agrícola y ganadero y aquellas actividades cuya duración máxima por su naturaleza accidental no sea mayor de sesenta días. El contrato individual de trabajo verbal se puede probar por los medios generales de prueba.

**La indefinición de los contratos de trabajo:** La indefinición de los contratos de trabajo, es la disposición de la ley de atribuir a todos los contratos individuales de trabajo y relaciones de trabajo el carácter de tenerse como regla general, por celebrados a tiempo



indefinido, salvo prueba o estipulación lícita y expresa en contrario que pudiera demostrar la existencia de una circunstancia que pueda determinar que la actividad que le dio origen al contrato de trabajo no es de naturaleza continua. En la indefinición de los contratos individuales de trabajo, es en donde se aprecia con mayor claridad el principio de estabilidad que rige las relaciones laborales en Guatemala.

**El principio de inalterabilidad de las condiciones de contratación:** El principio de garantías mínimas que ilustra la legislación laboral, prevé que las condiciones de contratación establecidas en los contratos individuales de trabajo no pueden alterarse, reducirse, tergiversarse o menoscabarse, pues la alteración en ese sentido implicaría ir por debajo de aquellas garantías que no sólo son mínimas, sino que además por disposición de la Constitución Política de la República son irrenunciables. No obstante, con carácter de excepción a la regla de inalterabilidad el Código de Trabajo establece dos casos en los que si pueden alterarse las condiciones pactadas en el contrato individual de trabajo, siempre y cuando concurren los siguientes presupuestos que lo permitan: a) Cuando exista acuerdo entre las partes, autorización expresa del Ministerio de Trabajo y Previsión Social; y b) Que la alteración de condiciones sea con carácter temporal y referida únicamente a disminuir aquellas condiciones pactadas en los contratos de trabajo, en forma superior a los mínimos previstos en la legislación laboral.

Por consiguiente, únicamente podrán alterarse reduciéndose las condiciones contenidas en el contrato individual de trabajo, hasta antes del límite señalado como mínimo en el Código de Trabajo y específicamente en el caso de que las condiciones de contratación pactadas sean superiores a los mínimos previstos en la ley.

**Principio de la inclusión automática de garantías mínimas en el contrato individual de trabajo:** Esto se refiere a que todo contrato individual de trabajo celebrado entre patrono y trabajador necesariamente debe sujetarse a las condiciones y derechos que con



carácter mínimo prevé el Código de Trabajo, esto no excluye la posibilidad que un patrono pueda celebrar con un trabajador un contrato individual de trabajo en condiciones superiores a las previstas en la ley. Esta regla de inclusión, está establecida con toda claridad en el Artículo 22 del Código de Trabajo que preceptúa como garantía a favor del trabajador la inclusión automática o sobreentendida de garantías y derechos mínimos establecidas en la ley cuando dentro del texto del contrato no se hayan consignado expresamente las condiciones de la prestación de los servicios, previéndose, que aunque no se hayan individualizado dentro del contrato o se hayan establecido en forma inferior a como lo prevé la legislación laboral, se tendrán por incluidas todas las contenidas con carácter mínimo dentro de la legislación de trabajo, y por no puestas las que se hayan establecido con un carácter por debajo del mínimo señalado en la ley.

**Elementos propios del contrato individual de trabajo:** La doctrina y el Código de Trabajo guatemalteco, preceptúan como elementos propios del contrato individual de trabajo, a los siguientes:

- a) **La subordinación.** Este elemento es uno de los más importantes del contrato individual del trabajo, y se refiere a la relación de obediencia que el trabajador debe al empleador en la orientación y ejecución del trabajo, debiendo advertirse que ese deber de obediencia no implica en ningún caso, obediencia ciega, es decir que el trabajador esté obligado a guardarle al empleador una relación de sometimiento, pues el deber de obediencia únicamente se refiere a seguir las instrucción del patrono en relación a la forma en que éste ordene que se ejecute el trabajo. La importancia de este elemento es tal, que se ha afirmado que sin su existencia, tampoco podría existir la figura del contrato individual de trabajo, pues es éste elemento el que determina la naturaleza intrínseca del contrato como institución.



- b) **La estabilidad.** Este es el elemento que determina que todos los contratos individuales de trabajo se tengan por celebrados a tiempo indefinido, es decir, que es el que crea la figura de la indefinición en las relaciones de trabajo, a tal cuenta que el Artículo 26 del Código de Trabajo, establece que todo contrato individual de trabajo, debe como regla general, tenerse por celebrado a tiempo indefinido y que se establezcan como casos de excepción el contrato a plazo fijo y el contrato para obra determinada, los cuales pueden celebrarse solo y cuando las circunstancias prevean su terminación irremediable. Este elemento, también es un principio que ilustra a nivel general al Derecho del Trabajo, porque busca la permanencia del trabajador en el empleo.
- c) **Ausencia de riesgo.** Es un principio de trascendental importancia, porque es el que determina que los riesgos que conlleva el resultado de la ejecución del trabajo corren a cuenta del empleador, por ser él, quien instruye la forma en que debe de ejecutarse el trabajo, y porque también es él quien fiscaliza esa misma ejecución. Es la existencia de este elemento, el que impide que el patrono pueda imputar responsabilidad alguna al trabajador por el resultado de la ejecución del trabajo cumplido bajo sus instrucciones.
- d) **Profesionalidad.** Este es el elemento propio del contrato individual del trabajo que menos se encuentra presente en la realidad dentro de la relación de trabajo, esto se debe a que lo que se busca con él es la calificación de la mano de obra del trabajador, a través del perfeccionamiento de un oficio, cuestiones que hoy todavía no se logran en Guatemala, en virtud de la inexistencia de sistemas de instrucción y profesionalización de los trabajadores.

**Elementos reales o materiales del contrato de trabajo:** Los elementos reales o materiales del contrato individual del trabajo, son los siguientes:



- a) **Prestación del servicio.** Este es el elemento que compete como obligación fundamental del contrato individual del trabajo, al trabajador; pues es él el que por virtud del contrato o relación de trabajo se obliga a prestar el servicio, sin el cual no podría exigirse ninguna contraprestación.
- b) **Pago del salario.** Contrariamente al anterior, este es el elemento que compete como obligación fundamental del contrato individual del trabajo, al patrono; pues es el pago del salario el que se entrega como prestación de los servicios que el trabajador ha prestado al patrono.

### 4.3. La nulidad del contrato

Para poder determinar la naturaleza de los actos nulos, conviene relacionar esta forma de invalidez con la inexistencia. El acto jurídico puede ser existente o inexistente; válido o nulo. Se trata de dos cuestiones radicalmente distintas. Por consiguiente, se impone la siguiente clasificación:

- a. Actos existentes válidos.
- b. Actos existentes nulos.
- c. Actos inexistentes.

La validez no admite grados, y por esto sólo existe una categoría de actos: los existentes válidos. La inexistencia tampoco admite grados y por esto sólo existe una categoría de actos: los inexistentes.

La nulidad sí admite grados y por esto dentro de la categoría de actos existentes nulos, pueden distinguirse las dos categorías de la escuela clásica: actos existentes afectados de nulidad absoluta y actos existentes afectados de nulidad relativa.



Es indispensable imponer la terminología anterior para que no vuelva a confundirse la existencia con la nulidad. Se trata de dos cuestiones esencialmente distintas. En la inexistencia falta al acto un elemento esencial. En la nulidad, el acto jurídico existe, por cuanto que tiene todos sus elementos esenciales, pero algunos de ellos padecen de un vicio que les resta validez. Este vicio puede ser interno, originando la nulidad relativa, o externo, motivando la absoluta.

La teoría de las nulidades no es muy clara en el antiguo derecho a causa de la terminología tan variada. Por otra parte, a pesar de los esfuerzos de los redactores del Código de Napoleón, del propósito de crear un sistema homogéneo, a pesar del deseo manifiesto de evitar un lenguaje que se prestará a confusión, el ordenamiento citado, hereda el mismo vicio y conserva la atmósfera oscura que en cierta forma se encontraba en la tradición.

Según Sarmiento Martínez, “La vigencia del Código hizo surgir además de la confusión del lenguaje, otro defecto más embarazoso, más enojoso todavía; defecto nacido de la imposibilidad de preverlo todo, consistente en la falta de sanción para algunas irregularidades de gravedad excepcional, ante las cuales quedan sin efecto las penas establecidas por el Código. La doctrina, como la jurisprudencia buscan soluciones más o menos aceptables; una y otra se echan a cuestras la tarea de encontrar una solución para salvar el prestigio de la obra de Napoleón; ambas se esfuerzan por poner siquiera de acuerdo la práctica con el pensamiento de los redactores.”<sup>15</sup>

En el Derecho Civil, el término validez tiene dos acepciones: existencia (lato sensu) y validez propiamente dicha. Para evitar confusiones y terminologías impropias, debe tomarse siempre la palabra valides, en su segunda acepción; al efecto debe distinguirse:

---

<sup>15</sup> Martínez, Sarmiento. **La naturaleza del contrato de trabajo**. Pág. 364



- a. Inexistencia
- b. Existencia
  - Validez
  - Nulidad
    - a) Absoluta
    - b) Relativa

Es sustancial esta distinción, para que ya no se confunda más la inexistencia con la nulidad. No deben existir las confusiones que se presentaron dentro de la escuela clásica y en los códigos influidos por el napoleónico.

La existencia admite grados, en cuanto a que hay: actos existentes válidos y actos existentes nulos, absoluta o relativamente. La inexistencia no admite grados; es simplemente la nada jurídica. Encontramos sólo la existencia absoluta y la existencia imperfecta o nulidad (absoluta o relativa), y la perfecta o validez.

Sarmiento Martínez propone la siguiente clasificación:

- a. Actos existentes válidos (existencia perfecta).
- b. Actos existentes nulos (existencia imperfecta); que a su vez se dividen en:
  - Actos afectados de nulidad absoluta.
  - Actos afectados de nulidad relativa.
- c. Actos inexistentes (nada jurídica).

#### **4.3.1. Elementos esenciales de la nulidad**

Según Martínez, éstos son aquellos sin los cuales el acto no se puede concebir jurídicamente o sea los atributos de existencia en la definición del propio acto:



- a. Manifestación de voluntad (elemento subjetivo)
- b. Objeto: producción de consecuencias jurídicas (elemento objetivo).
- c. Reconocimiento de la norma.

**Manifestación de voluntad.** No es simplemente intervención de la voluntad, sino manifestación intencional. En el contrato y en el convenio, la manifestación se llama consentimiento, porque es plurilateral. Por lo tanto, siempre que falte la manifestación de voluntad, en el acto en general, o bien, el consentimiento en los actos plurilaterales, habrá inexistencia.

**El objeto, o sea, producir consecuencias de derecho.** Las consecuencias son: crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos. Si no se producen esas consecuencias, el acto no existe desde el punto de vista jurídico. El acto en el que el acuerdo de voluntades, o la manifestación intencional no tenga como objeto esas consecuencias, no es acto jurídico.

Existe un tercer elemento que generalmente pasa inadvertido. Ocurre un fenómeno semejante al que pasa con el sujeto pasivo de los derechos reales. Debe ser un axioma en derecho que el acto jurídico tenga un tercer elemento: el reconocimiento de la norma. Si no existe este elemento, la norma permanece indiferente, el acto es inexistente en sentido jurídico. El dato voluntad no es lo jurídico en el acto; no es el proceso volitivo lo que el acto tiene de jurídico. Lo jurídico es que la norma atribuya consecuencias a una manifestación de voluntad; ésta es un dato contingente; puede faltar, y existir, sin embargo, el hecho condicionante. Ejemplo: en los casos de hechos naturales y de hechos no intencionales. Puede ser también que la manifestación de voluntad no sea hecho condicionante de ninguna consecuencia jurídica. Ejemplo: un usufructuario, en su testamento, declara que transmite su derecho a su heredero; esta voluntad, en virtud del carácter vitalicio del usufructo, no es amparada por la norma jurídica. Si se manifiesta



que se quiere adquirir la propiedad por la simple toma de posesión, la voluntad es inoperante. Es el problema ya estudiado del papel de la voluntad y de la ley en el acto.

Este elemento es reglamentado en forma indirecta se recurre a un verdadero rodeo, para llegar a la misma conclusión; se habla de imposibilidad física o jurídica del objeto; esto en otras palabras, significa que el objeto es posible cuando la norma lo ampara. Los contratos tienen un objeto imposible, físicamente, cuando la cosa no existe, ni puede existir en la naturaleza o cuando el hecho es contrario a las leyes naturales. El objeto es imposible jurídicamente:

- a. cuando la cosa está fuera de comercio;
- b. cuando la cosa no es determinada o determinable;
- c. cuando una norma jurídica constituye un obstáculo insuperable que impide la realización del hecho.

¿Por qué la norma no atribuye consecuencias al contrato en el que se pretende enajenar un bien público? Porque no toda voluntad produce consecuencias jurídicas. Hay normas que consagran la inexistencia por imposibilidad jurídica.

Por otro lado, las condiciones esenciales para la validez de un contrato deben ser:

- a. El consentimiento de la parte que se obliga
- b. Su capacidad para contratar
- c. Un objeto cierto que constituya la materia de la obligación
- d. Una causa lícita en la obligación.

Con estas cuatro condiciones los defensores de la inexistencia hacen una hábil discriminación: el consentimiento, el objeto y la causa se consideran como condiciones



relativas a la formación del acto jurídico, en tanto que la capacidad se refiere únicamente a su validez. De esto se deduce que si falta una de las primeras el acto no se forma, no entra en contacto con la teoría de las obligaciones y el vínculo contractual no tiene consistencia legal; es un puro hecho sin consecuencias jurídicas, es la nada, en una palabra, la obligación será inexistente ante la ley. Si por el contrario, una de las partes es incapaz, entonces no se trata de inexistencia, sino simplemente de una causa de anulación, de una simple amenaza puesta a disposición de la víctima y de la que hará uso como mejor le convenga.

Sin embargo, como se ha dicho, la teoría de la inexistencia no se detiene allí. Tras de haber consolidado su posición en el campo de sus primeras victorias y sus colaboradores, se dedica al asalto de todas las causas sancionadas con la nulidad absoluta, y será la que asegure la observancia de todas las disposiciones más o menos vinculadas con la noción del orden público, y de todas las disposiciones que afecten en cualquier forma, la esfera de las buenas costumbres.

En este último aspecto que se halla precisamente en su apogeo. Porque, llegar a imponerse cuando ningún texto le ofrece visiblemente su apoyo, llegar a operar por encima de la ley, llegar, inclusive, a tomar el lugar de la sanción legal, ¿a qué más podrá aspirar una institución totalmente estructurada al amparo de la lógica, del buen sentido y de la razón natural?

No obstante, debe advertirse que al ganar en extensión pierde aun más en precisión. El modo rápido y sencillo de atacar al acto jurídico encuentra en más de una ocasión, la resistencia de las tradiciones que existían respecto del juego de las nulidades absolutas, destinadas principalmente a proteger las buenas costumbres, sobre las que no puede ejercer su autoridad sin verse muy comprometida. A pesar de su claridad de ayer, al no poder dominar al vencido, cae víctima de la impresión que la rodea; su firmeza y su



autoridad, otrora inflexibles, tienen que doblegarse ante soluciones equívocas que su antiguo predominio nunca conoció. Porque no debe olvidarse que para sus primeros defensores, su principal característica era la de considerar al acto como la nada. Ahora bien, el día en que quiso aplicarse el espejismo de la nada a las nulidades absolutas, éste se desvaneció para ser suplido por la intervención del juez.”<sup>16</sup>

#### 4.3.2. Caracteres de la inexistencia del contrato

La inexistencia del contrato puede caracterizarse desde los siguientes ángulos:

- a. Por su causa.
- b. Por sus atributos, que el derecho positivo va determinando.

**Por su causa.** Se emplea la palabra causa en el sentido de origen y desde este punto de vista los actos son inexistentes, por falta de voluntad, objeto o reconocimiento legal.

**Por sus atributos.** El acto clasificado ya como inexistente, tiene las siguientes características:

- a. **Como acto jurídico no puede producir efectos.** Puede el acto degradarse a la categoría inferior de hecho, y habrá entonces un hecho jurídico. Ejemplo: una compraventa sin objeto; es un acto inexistente, pero puede contener un delito, un hecho jurídico: el fraude; éste produce efectos, obligaciones. Este es un punto debatido, pues la falta de consentimiento en un contrato da lugar a la posibilidad de que nazca un hecho. La falta de consentimiento puede presentarse en dos casos: por el error en la naturaleza del contrato, y por el error en la identidad del objeto;

---

<sup>16</sup> Ibid Pág. 366



en ambos casos, no hay consentimiento, pero puede haber un hecho jurídico.

- b. **La inexistencia no puede convalidarse por la prescripción.** La razón es evidente; el tiempo purga los vicios internos, constitutivos, cuando el acto existe; pero el tiempo no tiene la virtud de convertir lo inexistente en existente; el tiempo no puede suplir la voluntad, ni el objeto, ni el reconocimiento legal. En cualquier tiempo se podrá invocar la inexistencia.
- c. **La inexistencia no puede ser convalidada por ratificación.** La razón es la misma: la ratificación purga los vicios de un acto existente, pero irregular. El acto se ratifica, sin incurrir ya en el vicio; la ratificación supone que hay un vicio que sólo afecta intereses de las partes. En la inexistencia, la ratificación es inoperante. No se trata de un vicio, sino de la falta de un elemento esencial; no se puede ratificar lo que no existe. Además la ratificación tiene efectos retroactivos: se considera que el acto ratificado fue válido desde que se celebró primeramente. Ahora bien, si se ratificara un acto inexistente, la tal ratificación lo sería sólo de nombre, pues equivaldría a celebrar un acto por primera vez.
- d. **La inexistencia puede ser invocada por cualquier interesado jurídicamente.** Generalmente se dice, por un error, que puede ser invocada por cualquiera, por todo el mundo; esto es falso; para ejercitar cualquier acción, se necesita tener interés jurídico. Pero lo anterior no quiere decir que la inexistencia sólo pueda ser invocada mediante acción en juicio. Cualquier tercero a quien se oponga un acto inexistente podrá hacer valer, a su vez, la inexistencia. Esta no se hace valer por acción o por excepción; simplemente se denuncia, para que el juez la compruebe. El juez no declara la inexistencia, la comprueba; no es preciso que la inexistencia se invoque como fundamento de acción o de excepción, puede ofrecerse en calidad de prueba; como antecedente de una presunción legal o humana. El tercero o la parte, simplemente llaman la atención al juez sobre la inexistencia de un acto, lo cual procede, en cualquier período del juicio; puede la inexistencia dar lugar a un problema de prueba; pero cuando no pasa esto, basta con que el litigante la invoque



en cualquier momento, o si el juez la advierte, la debe hacer valer de oficio. Existe una gran diferencia con la nulidad, pues ésta generalmente sólo puede invocarse por vía de acción o de excepción, y sólo en cierto momento del proceso, al formular la demanda o al oponer excepciones. La nulidad requiere declaración judicial, cuando la ley no la impone ipso jure, debido a que, en la mayoría de los casos, produce efectos, que sólo pueden ser destruidos por dicha declaración.

Para llegar a la distinción entre las inexistencias de fondo y la inexistencia de forma, debe partirse de la idea de que el acto jurídico constituye un verdadero organismo rigurosamente sometido en cuanto a su existencia, a la necesidad de la presencia de ciertos elementos vitales. Fijado así el punto de partida, concluye que la sanción debe calcarse también de la estructura orgánica del acto jurídico: interviniendo cada vez que uno o más elementos falten.

Pero estos elementos orgánicos que dan vida al vínculo contractual, tienen una estructura diferente: hay elementos de orden psicológico y elementos de orden material. En el primer grupo comprende la manifestación de la voluntad, en tanto que el segundo está reservado al objeto y a la forma en los contratos solemnes.

Al respecto de este tema, Sarmiento Martínez señala: “La mejor manera de trazar los rasgos característicos del acto inexistente es seguir su evolución.

Debe tomarse como punto de partida, la distinción entre las condiciones requeridas para la formación del contrato y las requeridas para su validez. Por apoyarse la inexistencia en el carácter orgánico del acto jurídico, tomará el giro siguiente:

Puesto que la falta de uno de los elementos necesarios para su formación es bastante para que el acto inexistente no tenga vida, de ello se sigue que desde el punto de vista de la



eficacia, se traduce en una ausencia total de efectos jurídicos. No habiendo llegado a penetrar en el campo del derecho contractual para obtener su reconocimiento jurídico, es evidente que quede fuera del cuadro legal y sus efectos jurídicos, tendrán la misma suerte.

En segundo lugar, admitiendo que el acto no pueda llegar a crear relaciones obligacionales, sin el encadenamiento de los elementos enumerados carece en lo absoluto de interés someter el acto a la decisión judicial. Más todavía, ¿a qué conduce esta operación si el pretendido acto jurídico no ha creado ningún derecho, no ha dado nacimiento a ninguna obligación? Ahora bien, el dinamismo del procedimiento está necesariamente destinado a los actos que han engendrado un efecto jurídico cualquiera, por mínimo que sea: De aquí que resulte innecesaria la intervención del juez. Si a pesar de todo, ha habido ejecución, pueden intentarse la acción de repetición de lo indebido y la reivindicatoria sin tomar en cuenta el acto.

En tercer lugar, si el acto inexistente ha sido sepultado sin conocer los fundamentos de la obligación que falsamente había creado, huelga decir que ninguna confirmación podrá volverlo a la vida. El ser humano es impotente ante la obra destructora de la muerte, no puede asegurar la perpetuidad de su propia vida y mucho menos resucitar a los muertos o hacer de la nada un ser viviente.

En fin, puesto que la muerte es eterna, el acto inexistente deberá también seguir su desdichado destino; ni el olvido, ni el transcurso del tiempo podrá hacer desaparecer sus defectos o completar sus imperfecciones. La noción de la prescripción le es absolutamente desconocida; en diez, veinte, treinta o cincuenta años, la muerte es la muerte, al nada es la nada.

En conclusión, debe considerarse que tal como se presenta actualmente la teoría de los actos inexistentes comprende cinco caracteres fundamentales:



- a. El acto inexistente no puede ni podrá jamás crear efectos jurídicos;
- b. En principio, no hay necesidad de someterlo al juez para obtener la declaración oficial de sus imperfecciones, pero la intervención de aquél será inevitable, si de alguna manera ha sido ejecutado en lo más mínimo;
- c. La voluntad de las partes no puede darle una confirmación tácita ni expresa;
- d. El transcurso del tiempo, por sí solo no puede hacer desaparecer o corregir sus deformaciones orgánicas; y
- e. La inexistencia se pone voluntariamente a disposición de todo aquél que tenga interés en hacerla valer, ya ante el juez, o por vía amigable.

He aquí, pues fijados los elementos de la noción de inexistencia: son tan semejantes a los de la nulidad absoluta que el obstáculo que antes había despreciado, parece volverse con más fuerza contra ella para determinar su declinación.

#### **4.3.3. Actos afectos de nulidad absoluta**

Pueden ser estudiados por su causa, y por sus atributos. Por su causa, la ilicitud es la causa de la nulidad absoluta; todo acto ejecutado contra el tenor de las leyes de orden público o contra las buenas costumbres, es por regla general, nulo absolutamente. Por consiguiente, la primera operación mental que debemos realizar para averiguar si un acto está afectado de nulidad absoluta, es ver si el acto ha violado dichos preceptos. Esta regla admite excepciones determinadas por la ley, para tal o cual acto ilícito, que sólo queda afectado de nulidad relativa.

La nulidad absoluta tiene los siguientes caracteres:

- a. Es imprescriptible.
- b. Es inconfirmable.



- c. Puede ser invocada por cualquier interesado jurídicamente.
- d. Generalmente, produce efectos, que deben ser destruidos por sentencia.

Se presenta aquí la necesidad de unir la primera regla, a la existencia de estos atributos. Si se cumplen todos y cada uno de ellos, la nulidad, sin duda alguna, es absoluta; deben presentarse las tres primeras características; si falta aunque sea una, a pesar de la ilicitud del acto, éste sólo estará afectado de nulidad relativa.

La nulidad absoluta es la clasificación más técnica y más estricta; en cada caso, la ley determina si la acción de nulidad es prescriptible o imprescriptible; si lo segundo, se avanza un paso más en la averiguación, pero todavía no se puede asegurar nada; si la ley señala que el acto es inconfirmable, se avanza otro punto; pero sólo cuando se separa de cierto que la acción de nulidad se confiere a todo interesado jurídicamente, podemos afirmar con certeza completa, que la nulidad es absoluta. La nulidad absoluta generalmente produce efectos provisionales; este es un dato común con la nulidad relativa: no sirve en nuestra operación mental.

- a. La nulidad absoluta es imprescriptible justamente porque el acto es ilícito; pero ésta es una consecuencia contingente, no necesaria. Hay actos ilícitos, cuya acción de nulidad es prescriptible.
- b. La nulidad absoluta es inconfirmable. También como consecuencia de la ilicitud. Estos actos afectan un gran número de intereses sería menester que todos los terceros afectados ratificaran el acto; prácticamente, esto es imposible. La implicación y trascendencia social que tienen los actos absolutamente nulos impone que la sociedad misma al verse afectada no pueda ratificar el acto: no se trata ya de una cuestión patrimonial, sino moral.
- c. La acción de nulidad es concedida a todo interesado jurídicamente; se concede también al representante del Estado. En los actos ejecutados en fraude de acreedores



y en los actos simulados, la ley puede limitar el ejercicio de la acción a ciertos interesados.

#### **4.3.4. La nulidad relativa**

Puede presentar la anomalía de tener como causa la ilicitud, y como atributos, varios de los de la nulidad absoluta, o alguno de ellos, por lo que pasa a ser nulidad relativa. Son posibilidades de cada legislación, los tres atributos no son solidarios; se pueden presentar o no presentar. La nulidad absoluta y la relativa no son categorías irreductibles; son realidades que tienen muchos contactos, interferencias.

Los actos existentes cuya perfección es completa, son válidos. Los actos existentes cuya imperfección es máxima, están afectados de nulidad absoluta. Los actos existentes cuya imperfección es mínima o media, están afectados de nulidad relativa.

Contra esta teoría flexible, la escuela clásica sostiene la rígida distinción de tres categorías. Es esencial la diferencia entre el vicio interno y vicio externo. Cuando hay vicio interno, los elementos constitutivos del acto están afectados por incapacidad, falta de forma, o vicios de la voluntad. Cuando hay vicio externo, los elementos constitutivos son perfectos, pero el acto viola una norma de orden público. El vicio externo es la causa de la nulidad absoluta. Los vicios internos son la causa de la nulidad relativa.

La escuela clásica le dio a una y otra categoría, atributos opuestos, fijos, irreductibles; no hubo ningún contacto entre las dos clases de nulidad, ni en su causa ni en sus atributos:



<b>Nulidad absoluta</b>	<b>Nulidad relativa</b>
<b>Causa:</b> Ilícitud	<b>Causa:</b> Vicios internos
<b>Atributos:</b> Imprescriptibilidad Inconfirmabilidad Falta de efectos La acción compete a todo interesado	<b>Atributos:</b> Ratificable Prescriptible Produce efectos La acción corresponde a la parte afectada

#### **4.3.5. Teoría de Bonnacase sobre la inexistencia y la nulidad**

La teoría clásica de la inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa ha sido en la actualidad modificada por Bonnacase en un aspecto muy interesante.

Esta teoría es comentada por Sarmiento Martínez de la siguiente forma: “Bonnacase sigue siendo partidario de la escuela clásica en cuanto a la necesidad de establecer una clasificación para diferenciar en forma radical la inexistencia de la nulidad y en este sentido contesta Bonnacase a todas aquellas críticas que se han dirigido a dicha escuela, de que es demasiado rigorista, de que ha formado clasificaciones cerradas de inexistencia y de nulidad que están en muchos casos desvirtuadas por la realidad o desconocidas por el derecho positivo; ante estas críticas éste considera que el principio científico es el que ha sostenido la escuela clásica, al establecer una clasificación lo más cerrada posible, para fijar características definidas a la inexistencia y a la nulidad; sólo que no acepta el criterio de la escuela clásica respecto a una teoría tripartita de inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.

La diferencia esencial es entre inexistencia y nulidad; que propiamente ésta es la



clasificación que debe hacerse; que en cuanto a la nulidad, es cierto que hay características distintas en la relativa y en la absoluta, pero que no son las que la escuela clásica ha fijado en una forma de oposición, de tal manera que la nulidad relativa deba tener las características contrarias a la absoluta; que la nulidad relativa tiene un contenido más amplio, porque se presentan casos mixtos que no tienen todas las características de la absoluta, que tampoco tienen todas las de la relativa en la forma que se ha definido por la escuela clásica, y que no pueden clasificarse, dado su criterio estrecho y rígido de oponer una nulidad a otra; pero que deben considerarse como casos de nulidad relativa, por que la absoluta sí tiene las características que se han establecido de ser el acto inconfirmable, la acción imprescriptible y de que pueda intentarse por quien tenga interés jurídico, ya que derivan de la naturaleza del acto ilícito. Pero cuando no se presentan estas tres características, sino sólo dos o una de ellas (la nulidad es susceptible de invocarse por todo interesado y la acción es imprescriptible, pero el acto jurídico sí puede ratificarse), entonces debe clasificarse a esta nulidad como relativa.

Cuando se presentan todas las características clásicas de la nulidad relativa no hay problema; pero la nulidad absoluta es de tal manera rígida en cuanto a su naturaleza, que si no se cumple con todas las características, podría decirse que el legislador no ha considerado que la ilicitud sea de tal importancia que lesione intereses generales, sino que más bien ha aceptado que se trata de una lesión de intereses particulares y que, por lo tanto, debe clasificarse como relativa.”<sup>17</sup>

Por otro lado aquella teoría propone modificar la escuela clásica, por cuanto se considera que el criterio está bien fundado para oponer la inexistencia a la nulidad; que debe abandonarse definitivamente lo que se ha llamado punto de vista histórico, para sustituirlo por el orgánico. El punto de vista histórico es falso. Generalmente los autores invocan la tradición para decir que en el derecho romano, o en el antiguo derecho francés o español,

---

<sup>17</sup> Ibid. Pág. 370



tal acto se clasificaba de nulidad, cuando en rigor debería ser de inexistencia (a la mayoría de los actos inexistentes se les llamó nulos), e invocando el punto de vista histórico todavía autores modernos pretenden que prevalezca la tradición.

Debe en este caso prescindirse de la tradición, porque ésta da un criterio arbitrario, irregular y, sobre todo, contrario a la naturaleza de las cosas, es preferible el punto de vista orgánico que atiende a los elementos constitutivos del acto jurídico, a los elementos llamados orgánicos del mismo.

Si falta algún elemento orgánico, el acto es inexistente, no importa que la tradición lo haya llamado nulo, y estos elementos orgánicos son: manifestación de voluntad, objeto y solemnidad. Hay solemnidad cuando la técnica jurídica eleva la forma a la categoría de elemento esencial, no obstante que es válida, ya que hay actos jurídicos solemnes en los que, si no se cumplen las formalidades, no existen.

Con este criterio, se puede eludir todas las críticas que se han hecho a la escuela clásica, en cuestión de terminología o de clasificación. Será fácil reconocer la inexistencia y oponerla a la nulidad.

En cuanto a los efectos, también se ha criticado a la escuela clásica porque se presentan ejemplos de actos inexistentes que tienen consecuencias jurídicas, para deducir de aquí la tesis de que el acto jamás es inexistente en forma absoluta, porque tiene consecuencias jurídicas; que no puede hablarse de la nada, como pretendió la escuela clásica. Es aquí donde se demuestra que el acto jurídico, como tal, no existe, cuando le falta algún elemento orgánico, y que como acto no produce efectos; que el derecho no le reconoce ningún efecto atendiendo a su carácter de acto jurídico; pero sí toma en cuenta que aunque sea inexistente, se pueden sin embargo lesionar intereses de tercero, porque bajo la apariencia de un acto jurídico se han puesto en juego diversos intereses que el derecho



no puede dejar sin protección jurídica, sobre todo si se trata de terceros que de buena fe tomaron en cuenta la existencia de un acto que en rigor no existe; o bien, el acto jurídico, aunque es inexistente puede producir consecuencias por realizarse un delito o un hecho ilícito; pero entonces el acto ilícito o el delito son hechos y no actos jurídicos.”<sup>18</sup>

#### **4.3.6. La inoponibilidad y la nulidad**

Conviene señalar la diferencia entre actos inoponibles y actos nulos. Para los actos inoponibles la ley dispone categóricamente que no podrán surtir efectos, bien sea en relación con las partes o con respecto a terceros. En materia de actos que afectan el dominio o posesión de los bienes inmuebles, la falta de inscripción en el Registro de la Propiedad, motivará la inoponibilidad respecto a terceros. En estos casos, como el acto jurídico no surte efecto alguno con relación a dichos terceros, estos no tendrán que ejercitar una acción en juicio para que se declare así. En caso de controversia, el juez, de oficio, tiene que invocar la inoponibilidad, aunque no haya sido opuesta como excepción o defensa.

En cambio, tratándose de actos nulos, se admite como principio general que surtirán efectos provisionales y, por consiguiente, podrán afectar a terceros, quienes en el caso de resultar lesionados podrán intentar la acción de nulidad; pero entre tanto ésta no se declare por sentencia, el acto es oponible. La nulidad relativa siempre surtirá efectos provisionales. En cuanto a la absoluta, por regla general también originará esos efectos; pero en casos de excepción, el legislador expresamente puede declarar que ciertos actos nulos no surtirán efecto legal alguno y, por consiguiente, en estos casos se presenta la analogía con los actos inoponibles.

En el caso guatemalteco, desafortunadamente no se aplica este último y por consiguiente

---

<sup>18</sup> Ibid. Pág. 372



la nulidad debe declararse en sentencia para que el acto sea oponible.

Un ejemplo gráfico de una nulidad predeclarada por el legislador sería aquel de la compraventa que se hace ocultando gravámenes o limitaciones que pesan sobre el inmueble que se vende. En este caso, el legislador podría regular que toda compraventa que se realice ocultando las limitaciones que pesan sobre lo que se vende será nula de pleno derecho. En este caso, el legislador ha privado el acto de todo efecto.

Independientemente de casos aislados, puede considerarse que en la nulidad absoluta, cuando la violación es grave, porque el acto jurídico tenga una finalidad ilícita, el legislador en forma excepcional puede decretar que no surta efecto legal alguno. En tanto que en la inoponibilidad la causa que la motiva no implica una violación de normas de interés público y, por consiguiente, un propósito ilícito, sino más bien la inobservancia de ciertos requisitos que el legislador ha considerado esenciales para que el acto surta efectos respecto a tercero, de tal manera que la inoponibilidad del mismo sólo obedece a un fin de protección, por la inobservancia de tales requisitos de forma o de registro. Por esto se protege a los terceros contra actos de dominio relativos a inmuebles que no hayan sido objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad.

A propósito de esta distinción entre nulidad de pleno derecho y la inoponibilidad, los autores franceses discuten que en la nulidad de pleno derecho no se produce efecto de ninguna naturaleza; de tal manera que no es necesario intentar una acción de nulidad; que en el caso de controversia el juez sólo se limita a comprobarla, pero que no tendrá que declararla. En cambio, otros autores consideran que tanto en la nulidad absoluta como en la relativa, existen efectos provisionales y que es menester que el juez los destruya por sentencia.

#### 4.4. La simulación

Al respecto de este tema, Sarmiento Martínez señala: “Éste es otro medio al cual puede recurrir el deudor para perjudicar a sus acreedores. Por consiguiente, esta materia debe estudiarse en el capítulo general del incumplimiento de las obligaciones en relación con terceras personas.

El deudor puede faltar directamente al cumplimiento de sus deudas, procediendo con dolo, culpa, simple omisión o bien por encontrarse en estado de insolvencia. La insolvencia puede ser fortuita o fraudulenta; la primera no es imputable al deudor y obedece a un mal estado de sus negocios; la segunda es provocada, bien sea mediante una enajenación verdadera en el caso de los actos realizados en fraude de acreedores, o por un acto simulado, que aunque nada tenga de real, sí origina aparentemente una modificación en el patrimonio del deudor, que generalmente se traduce en una insolvencia en relación con sus acreedores, aunque de hecho su patrimonio siga siendo el mismo que tuvo antes del acto simulado.

Hay simulación cuando se celebra una convención aparente, cuyos efectos son modificados o suprimidos por otra contemporánea de la primera, y destinada a permanecer en secreto. Esta definición supone, pues, que hay identidad de partes y de objeto, en el acto ostensible y en el secreto. El acto secreto se llama contra-documento (contre-lettre).”<sup>19</sup>

En el lenguaje corriente, simular significa hacer aparecer lo que no es, mostrar una cosa que realmente no existe. El origen etimológico confirma este concepto: simular es hacer similar, dar aspecto y semejanza a lo no verdadero. Así se simula una enfermedad, un peligro, un viaje. En el derecho penal se habla de simulación de reato, cuando para

---

<sup>19</sup> Ibid Pág. 379



engañar a la justicia se hace creer en la realización de un delito que no ha existido. El que acude a la simulación quiere crear una apariencia falsa para engañar al público, induciendo a la opinión errónea de la verdad del hecho alegado. Desde el campo de lo material la palabra pasa y se aplica a la esfera moral, a los movimientos del ánimo, y así se habla de amistad, generosidad, virtud simulada. Simulador, por tanto, es el que sagaz y hábilmente hace creer en una actitud insincera. Muchos hombres son verdaderos artistas simulando en la escena de la vida. Producto de la simulación es el simulacro, una imagen vacía de realidad

Análogo, aunque distinto, es el significado de la palabra compuesta disimular. Mientras que en la simulación se hace aparecer lo que no es, en el disimulo se oculta lo que es. La una provoca la creencia falsa de un estado no real, el otro oculta al conocimiento de los demás una situación existente. Aquélla, tiende a una ilusión externa: éste, a una ocultación interna.

#### **4.4.1. Acto ostensible y acto secreto**

En toda simulación, como explica la doctrina hay un acto ostensible y un acto secreto. El ostensible es el acto falso, que se ejecuta para que sea conocido por los terceros y, principalmente, por los acreedores, cuando la simulación se realiza para perjudicarlos. En este acto las partes declaran falsamente lo que en realidad no ha pasado o se ha convenido entre ellas, si se trata de dar apariencia o distinto carácter al negocio jurídico en la simulación relativa.

El acto secreto es el acto verdadero, en el que las partes declaran que en realidad no ha pasado nada de lo que se consigna en el acto ostensible, y que por lo tanto, el convenio o el acto jurídico que el mismo encierra, es inexistente, de tal manera que no producirá ningún efecto; o bien, si se trata de una simulación relativa, en el acto secreto las partes



determinan la verdadera naturaleza del mismo. El acto secreto tiene por objeto proteger al supuesto enajenante para que la enajenación no se invoque en su contra por el falso adquirente; o bien, precisar la verdadera naturaleza del acto, en la simulación relativa, para que una de las partes no pueda aprovecharse de todas las consecuencias que aparentemente podrían deducirse del acto ostensible. Descubierto el acto secreto, queda sin efecto el ostensible. Aquél puede ser descubierto por un tercero o por una de las partes, cuando la otra pretenda aprovecharse del acto ostensible. La prueba del acto secreto, mediante la carta de resguardo, se considera plena, para destruir todas las consecuencias o efectos del acto ostensible, y puede traer consecuencias de orden penal si de la simulación misma se caracteriza la comisión de un delito.

Por consiguiente, en la simulación, pues, los contratantes están de acuerdo sobre la apariencia del acto que no llevan a cabo realmente, o bien, en aquella forma visible de que se sirven como un instrumento para engañar a los terceros.

La doctrina sostiene como requisitos del negocio simulado, los siguientes:

- a. Una declaración deliberadamente disconforme con la intención;
- b. Concertada de acuerdo entre las partes;
- c. Para engañar a terceras personas.

Lo más característico en el negocio simulado es la divergencia intencional entre voluntad y declaración. Lo interno, lo querido, y lo externo, lo declarado, están en oposición consciente. En efecto, las partes no quieren el negocio; quieren solamente hacerlo aparecer y, por eso, emiten una declaración disconforme con su voluntad, que predetermina la nulidad del acto jurídico, y al mismo tiempo, sirve para provocar una ilusión falaz de su existencia. Los que simulan pretenden que a los ojos de los terceros aparezca formada una relación que, en realidad, no debe existir, pero de la cual se quiere



mostrar una exterioridad engañadora mediante una declaración que carece de contenido volitivo. Se trata, pues, de una declaración efímera, vacía, ficticia, que no representa una voluntad real y es, por lo mismo, nula, destinada únicamente a deslumbrar al público.

La simulación es el resultado de un acuerdo entre los contratantes y sale, por lo mismo, del campo de los actos unilaterales. Para completar la idea del negocio simulado debe insistirse sobre los fines que se proponen las partes al recurrir a ese artificio.

Su propósito puede ser lícito o fraudulento. No debe olvidarse que una simulación puede combinarse por las partes sin propósito de fraude. Y esto, no sólo en la simulación relativa, sino también en la absoluta. Intereses legítimos, como la necesidad de sustraerse a disgustos o solicitudes, o un fin de vanidad o de reclamo, o el interés de conservar el crédito y ciertas apariencias sociales, pueden dar lugar a la producción de una apariencia, con plena seriedad de las partes, sin causar una lesión en el derecho de los terceros. Así, un causante para sustraerse a las insistencias y amenazas de un aspirante a su herencia, enajena fingidamente sus bienes a un amigo y se reduce a la condición del que no tiene que heredar.

Finalmente, como elemento integrante del negocio simulado, debe concurrir el fin de engañar que anima a sus autores. Esto es lo que principalmente da su color y su razón de ser a la simulación, puesto que las partes recurren a ese artificio para hacer creer en la existencia de un acto no real o en la naturaleza distinta de un acto realizado seriamente. Pero no debe confundirse la intención de engañar con la intención de dañar, porque la simulación puede tener una finalidad lícita, como, por ejemplo, sustraer a la curiosidad e indiscreciones de los demás la naturaleza de un acto jurídico; si bien debe reconocerse que, en la mayoría de los casos, la simulación se dirige a defraudar a los terceros o a ocultar una violación legal.

#### 4.4.2. Naturaleza de la simulación

De la definición propuesta se desprende que en la simulación absoluta, el acto jurídico es inexistente, porque las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o se ha convenido entre ellas; pero lo hacen en tal forma, que el acto jurídico nada tiene de real. Su inexistencia se manifiesta por la falta de los dos elementos esenciales: el consentimiento y el objeto. En efecto, falta el consentimiento, porque éste supone el acuerdo de voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y derechos. En la simulación absoluta no hay ningún acuerdo de voluntades para producir alguno de esos cuatro efectos. Por el contrario, las partes saben de antemano que no habrá creación, transmisión, modificación o extinción de algún derecho u obligación. Desde este punto de vista, ese acuerdo de voluntades para no producir efectos jurídicos, no puede reputarse técnicamente como un consentimiento, pues éste no sólo se caracteriza por el concurso de dos o más voluntades, sino principalmente por el fin jurídico que se persigue al producir alguno de los cuatro efectos ya citados. De la misma manera que no existe consentimiento cuando dos personas se ponen de acuerdo para dar un paseo, aunque haya concurso de voluntades, en la simulación tampoco existe ese consensus jurídico por la carencia absoluta de efectos.

También falta el otro elemento esencial, consistente en el objeto, pues éste en forma directa consiste justamente en la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones y derechos, y ya se ha dicho que en la simulación no existen esas consecuencias, pues por definición, ni hay obligación alguna, ni menos aún prestación por realizar, pues la aparentemente cumplida, en rigor, para las relaciones internas de las partes, no llega a ejecutarse,

En cuanto a la simulación relativa, no hay ni inexistencia, ni siquiera nulidad en todos los casos. La doctrina relaciona que descubierto el acto real que oculta la simulación relativa,



ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare. Es decir, como en la simulación relativa el acto jurídico existe, pero sólo se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter, hay consentimiento y objeto, ya que las partes se proponen realizar un efecto jurídico; pero disfrazan ese efecto, clasificando el acto en una forma falsa, distinta de la realidad. Por ejemplo, en una donación las partes la disfrazan de compraventa; se proponen el efecto jurídico de transmitir el dominio y, por lo tanto, existe consentimiento y objeto. Ese efecto jurídico se realiza ya que el enajenante efectivamente transmite la propiedad al adquirente, pero se le da un falso carácter a la operación, que no desvirtúa el efecto principal que se propusieron las partes. Por este motivo se dice que en la simulación relativa el acto no será nulo, si no hay ley que así lo declare.

Ninguna de las causas que se presentan para la nulidad relativa, se presenta en la simulación relativa; en efecto, no hay falta de forma, ni error, dolo, violencia, lesión o incapacidad; por esto no puede decirse que la simulación relativa de un acto jurídico origine su nulidad relativa. Tampoco motiva la nulidad absoluta pues ésta sólo se presentaría cuando las partes se propusieran un fin ilícito, al darle al acto una falsa naturaleza, clasificación o carácter. Por ejemplo, cuando disfrazan una donación de compraventa para defraudar al fisco y no pagar el impuesto. En este caso, hay simulación relativa con un objeto ilícito, que originará la nulidad absoluta con las características que hemos señalado para esta clase de ineficacia.

Pero puede suceder que al alterar la naturaleza jurídica de un acto o contrato, para darle una falsa apariencia, no se persiga ningún fin ilícito, ya que no se perjudique ni a los acreedores, ni al fisco en general, y sólo por razones de interés exclusivo del deudor, que a éste afectan únicamente, se disfraza el acto dándole una naturaleza jurídica falsa. En este caso, no habrá nulidad alguna y es por esta razón que no siempre la simulación relativa origina la nulidad, sino sólo cuando la ley lo determine así. Ahora bien, la ley sólo podrá estatuirlo cuando se lesionen derechos de tercero.

#### 4.4.3. Simulación y error

El error en los actos jurídicos implica también, una disconformidad entre lo declarado y lo querido; pero a diferencia de estas últimas, esa disconformidad se produce de manera inconsciente. Justamente la existencia del error impide que su autor se dé cuenta de la divergencia que media entre lo que verdaderamente hubiere manifestado de conocer la realidad en forma exacta y precisa, y lo que en rigor declaró por ignorarla o tener un falso concepto de la misma.

La doctrina expresamente considera que en el error hay una disconformidad inconsciente que da lugar a una nulidad que depende de la voluntad del que incurrió en ella, pues debe reclamarla en cierto tiempo y, además, puede renunciar a la misma en forma tácita, si no la hace valer, o en forma expresa, por una ratificación del acto, una vez conocido el error. De ahí que se llame al error por disconformidad entre la voluntad y la declaración, error impropio y hoy se le denomine error en la declaración.

En la simulación, ya se ha dicho que existe una disconformidad consciente y plenamente querida por ambas partes, entre lo manifestado y el verdadero fin que se proponen al celebrar el negocio jurídico. Además, en el error, la disconformidad sólo es de uno de los autores del acto, en tanto que en la simulación, es común. La finalidad también es distinta: en el error existe el propósito de realizar el acto, sin la intención de engañar a alguien; en tanto que en la simulación ni se realiza aquél, ni hay ausencia de engaño. Cuando por virtud del dolo de una de las partes, la otra es víctima de un error en la declaración, se encuentran ciertos puntos de contacto con el negocio simulado, por cuanto que también media el engaño y la conciencia que tiene el autor del dolo de la disconformidad en que incurrió su contratante en lo declarado y lo querido, pero las diferencias son notorias con en el caso anterior, dado que no existe entre ambas partes la conciencia mutua y recíproca de esa disconformidad, ni tampoco hay entre ellas el

propósito de engañar a los terceros.

En el error que se denomina error sobre el motivo determinante de la voluntad, para diferenciarlo del error en la declaración, no existe divergencia entre lo manifestado y lo realmente deseado, toda vez que lo que se declara es lo que se quiere; pero no se hubiera querido, de haber conocido el error en el motivo determinante que indujo a celebrar el acto. Por ejemplo, cuando se compra una pintura que se cree auténtica, siendo así que no lo es, en verdad se quiere comprar y, por lo tanto, lo declarado es lo querido; pero no se hubiere hecho esa manifestación de haber conocido que era falsa. En cambio, en el error en la declaración, se manifiesta lo que no se quiere, como cuando se declara pagar un precio de mil en lugar de cien, debido a un equívoco en el número. Ahora bien, el error en el motivo determinante de la voluntad, se distingue radicalmente de la simulación, dado que no existe en el mismo esa disconformidad que aun cuando inconsciente, sí se encuentra en el error en la declaración.

#### **4.4.4. Clasificación de la simulación**

De acuerdo con la doctrina, existen dos, principalmente: la absoluta y la relativa. La absoluta ocurre cuando el acto simulado nada tiene de real; la relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter. De ahí que la doctrina señala que la simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.

Por consiguiente, es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas. Puede considerarse que existen tres grados de simulación, a saber:



- a. El acto secreto puede destruir totalmente el efecto del acto ostensible, de manera que la simulación ha creado una vana apariencia que no recubre ningún acto real. Acontece esto en las enajenaciones simuladas, cuando un deudor quiere sustraer su activo a la acción de sus acreedores; simula una venta, pero en un contra-documento se hace constar que nunca ha tenido la intención de enajenar y el pretendido comprador reconoce que posee en realidad por otro. Este simulacro de venta sirve para impedir el embargo por los acreedores del vendedor, del bien aparentemente vendido. Se dice entonces que el acto es ficticio.
- b. El acto secreto puede modificar totalmente el acto ostensible, no ya para destruir sus efectos, sino para cambiar su naturaleza. En este caso, las partes realizan un acto real, pero esconden su verdadera naturaleza en otra forma que no es la suya. Por ejemplo una de ellas hace a la otra una donación, pero se presenta esta donación como una venta, y se entrega el recibo del precio al pretendido comprador quien no habiendo pagado nada, en realidad es un donatario. Se dice entonces que el acto es simulado.
- c. Por último, algunas veces la simulación es menor; en lugar de ocultar la naturaleza misma de su operación, las partes únicamente ocultan una parte de sus condiciones. Acontece esto en las cesiones de oficios se trata entonces de una simulación parcial.

#### **4.4.5. La simulación absoluta**

De las distintas formas de simulación, la absoluta es la más importante y, por lo tanto, la que da origen a los mayores problemas jurídicos.

Propiamente es la que reclama mayor atención en el estudio de las instituciones protectoras del acreedor, pues a través de ella, el deudor generalmente logra evitar la ejecución sobre sus bienes, aparentando ante los terceros que su activo patrimonial es distinto del que realmente posee.



En el negocio absolutamente simulado, no hay consentimiento ni objeto que pueda ser materia de él.

No existe el acuerdo de voluntades, porque en realidad aun cuando las partes aparentemente declaren que es su común intención celebrar un determinado contrato o acto bilateral, esa manifestación queda totalmente destruida por la que expresamente formulan en el acto secreto. En consecuencia, dado que desde el punto de vista jurídico, el consentimiento no sólo consiste en el acuerdo de voluntades, sino además en que por virtud de tal acuerdo las partes se proponen crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, es evidente que faltando este último fin o propósito, no puede haber un acuerdo con relevancia jurídica.

Tampoco existe el objeto del acto, que es justamente producir alguna de las cuatro consecuencias indicadas, pues nuevamente en la declaración secreta que hacen las partes, destruyen el aparente objeto jurídico que se proponían alcanzar. Es por esto que en la simulación absoluta, el acto nada tiene de real, puesto que faltan en la misma los elementos esenciales de todo negocio jurídico.

Es negocio absolutamente simulado el que, existiendo en apariencia, carece en absoluto de un contenido serio y real. Las partes no quieren el acto sino tan sólo la ilusión exterior que el mismo produce. El negocio se limita a una forma vacía destinada a engañar al público.

Por eso concuerdan las varias maneras que usa la doctrina para designar el negocio simulado. Unas veces se denomina negocio ilusorio otras, un no negocio; otras finalmente, un negocio vacío.

La teoría de la simulación absoluta resulta indirectamente, de los principios que rigen la



formación de los contratos. Entre los requisitos esenciales para la existencia de éstos figuran el consentimiento válido de los contratantes o la causa lícita de obligar, requisitos ambos de que carece el negocio fingido; porque si hay consentimiento para la ficción, falta el necesario para la obligación y, por tanto, el que se requiere para que se establezca la relación jurídica; y así, faltando toda esencia del contrato, la causa no existe tampoco. Pero resulta exacto el invocar, como justificación de la nulidad del negocio simulado, la sola falta de la causa, porque el negocio simulado es algo más que un negocio sin causa. El contrato sin causa puede ser un negocio serio y completo en cuanto a los elementos que lo estructuran, mientras que el negocio fingido está en absoluto vacío de contenido por la falta de voluntad: es una sombra de contrato.

### **Clases de simulación absoluta**

Sarmiento Martínez, distingue dos grandes manifestaciones en la simulación absoluta: “a) actos que tienen por objeto disminuir el patrimonio de una de las partes, haciendo figurar que han salido de él determinados bienes o derechos; b) actos que se proponen aparentar un aumento del pasivo patrimonial de uno de los autores, fingiendo la existencia de ciertos créditos a su cargo.

La primera forma de simulación es la más frecuente y por desgracia se ha convertido en un procedimiento al cual se recurre en forma constante por los deudores inmorales, que han encontrado una forma fácil de eludir el pago de sus deudas, aparentando ventas, cesiones, permutas, traspasos, sociedades y en general todo tipo de enajenaciones a título oneroso, para hacer salir falsamente de su patrimonio, determinados bienes.

En la actualidad, se ha recurrido con más frecuencia a la constitución de sociedades anónimas, para que el deudor aporte sus bienes, conservando después la totalidad de las acciones al portador que se hubieren emitido.



Es usual el procedimiento del embargo simulado para burlar a los acreedores, pues se aseguran bienes del deudor por cantidades excesivas de tal manera que un reembargo carecería de objeto. En este caso, además de que se simula una obligación a cargo del deudor, se constituye el gravamen que trae consigo el secuestro, pero se corre el peligro de que se le declare en quiebra o concurso, con las graves consecuencias inherentes a ese estado.

La segunda forma de la simulación absoluta, se presenta en la creación ficticia de obligaciones a cargo del deudor que pretende eludir la acción de sus acreedores, pues por este procedimiento se permiten los embargos simulados y en los casos de quiebra o concurso, se disminuyen notablemente las posibilidades de pago, toda vez que por hipótesis los bienes del fallido serán notoriamente insuficientes para cubrir el pasivo.

Ha sido muy frecuente el simular letras de cambio o pagarés para proceder en la vía ejecutiva al embargo de bienes, cometiéndose así una doble simulación, dado que el secuestro también es falso, con la agravante de que se recurre a los tribunales para consumar la finalidad dolosa que se propone el deudor en connivencia con su supuesto acreedor.

El perfeccionamiento que últimamente se ha logrado en la investigación de la antigüedad de las tintas para poder dictaminar con probabilidad científica si las fechas que aparezcan en los documentos son exactas o falsas, ha reducido sensiblemente el abuso y la inmoralidad que en este sentido ha venido realizándose en forma francamente escandalosa, con perjuicio de los acreedores en general y del mismo crédito de los deudores.

En cuanto a la simulación de contratos, tenemos que un contrato es simulado, cuando en él se declara un contenido de voluntad no real, emitido deliberadamente 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. Ahora bien, como quienes celebran un contrato simulado, se esfuerzan en encubrir la simulación con apariencia de legalidad, quienes lo impugnan tienen que demostrar hechos anteriores, concomitantes o posteriores a ese contrato, de los cuales pueda inferirse presuntivamente la simulación.

#### **4.4.6. La simulación relativa**

De conformidad con la doctrina, la simulación es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter. También se ha dicho que conforme a la definición general de simulación consagrada en la característica común de las dos formas de simulación (la absoluta y la relativa) consiste en la declaración falsa que hacen las partes de lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas. Ahora bien, en la simulación relativa no puede haber una declaración totalmente falsa de lo que en realidad no se llegó a estipular entre las partes, pues bajo la falsa apariencia de un acto jurídico que se simula, existe de manera oculta un acto jurídico verdadero, en relación con el cual sí se ha convenido por los interesados para producir determinadas consecuencias, pero se disfraza ese acto real con una capa o envoltura que oculta su verdadero carácter, dándole por lo tanto una naturaleza o clasificación distinta. Es así como las partes pueden celebrar una donación ejecutando realmente la transmisión gratuita de una cosa que pasa del patrimonio del donante al donatario, pero le dan la falsa apariencia de una compraventa, para ocultar el verdadero carácter de enajenación gratuita. Precisada así la forma en que opera la simulación relativa, deberá entenderse la definición general en el sentido de que tratándose de la simulación relativa, la declaración de las partes respecto de lo que no han convenido, no es totalmente falsa; en cambio, para la simulación absoluta, dicha declaración sí lo es en toda su integridad, pues en ella el acto nada tiene de real.



De todo lo anterior puede extraerse que la simulación relativa consiste en disfrazar un acto: en ella se realiza aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto. Los contratantes concluyen un negocio verdadero que ocultan bajo una forma diversa, de tal modo que su verdadera naturaleza permanezca secreta. La figura aparente del negocio sólo sirve para engañar al público; pero, detrás de esa falsa apariencia, se esconde la verdad de lo que las partes han querido realizar y sustraer al conocimiento de los terceros. De aquí que con frecuencia se le designe ya, como negocio simulado, enmascarado o velado.

Intrínsecamente y producto de la simulación relativa, existen dos negocios: el manifiesto, fingido, y el oculto, serio; de ellos, el primero sirve para disimular el segundo. Los contratantes, para que no se conozca su acuerdo secreto, lo disfrazan bajo un ropaje engañoso: la simulación, aquí, no se limita a crear la apariencia, sino que produce esta última para encubrir un acto verdadero. El negocio simulado sirve de capa, de máscara, al negocio realmente celebrado: es como una etiqueta falsa, como un fantasma que se exhibe al público para apartar la vista del acto verdadero que quiere conservarse oculto. Se comprende por ello que en la valoración jurídica del acto simulado no se tome en cuenta el primero de los dos negocios, que constituye el disfraz exterior. La apariencia producida con él no puede tener eficacia jurídica alguna: cuando se desgarrar el velo engañoso, no queda huella de su existencia.

Por otro lado, aunque no se diga nada, respecto a la suerte que corra el acto simulado que sirva de disfraz al verdadero, es evidente que una vez que se descubra esa apariencia falsa, se originará necesariamente la nulidad del acto, pues justamente el objeto de la investigación será el de eliminar la envoltura o disfraz que falsamente encubren al negocio verdadero.

Cuando el acto encubierto es en sí mismo lícito, y además reúne todos los otros elementos



de existencia y de validez que se han señalado, no habrá razón alguna para privarlo de efectos jurídicos; pero si por virtud de tal acto se quiso defraudar a terceros y, especialmente, a los acreedores de una de las partes, una vez que se descubra esa situación, deberá correr el negocio disimulado la misma suerte que llevaría si no se hubiere ocultado bajo el disfraz de la simulación.

Así, pues, hecha abstracción del negocio aparente, que carece de valor, hay que examinar el negocio a que las partes dieron vida real y, suponiendo que tenga los requisitos esenciales para su existencia y validez, se impone comprobar su carácter jurídico. Si el negocio disimulado es inocente, es indiscutible su eficacia y estamos en el terreno de la llamada simulación lícita. Pero es más frecuente que el negocio oculto tienda a defraudar el derecho de los terceros o constituya una violación legal; y, en este caso, se entra al campo de la simulación fraudulenta e ilícita. Entonces, se aplicará aquella sanción, cualquiera que sea, que la ley establezca, lo mismo que si el negocio se hubiera realizado abiertamente –revocabilidad, reducción, nulidad.- Las más de las veces, la sanción será la nulidad porque el negocio disfrazado suele ser ilegal o inmoral y el manto de la simulación se emplea para ocultar el negocio ilícito.

#### **4.5. La invalidez del contrato de servicios profesionales que se ha utilizado para encubrir un contrato de trabajo**

De todo lo que se ha analizado en el presente trabajo de tesis, se establece fehacientemente que en el perfeccionamiento del contrato de trabajo existe la figura del consentimiento como elemento que permite materializar los efectos de aquella figura contractual. Este consentimiento se materializa en la aceptación por ambas partes de las condiciones contractuales, que aunque son impuestas por la legislación laboral, en cuanto a lo que concierne de carácter mínimo, son condiciones que se aceptan concientemente

por las partes que celebran el contrato de trabajo y que en todo caso al aceptarse en forma inferior a como las regula la ley, suponen el vicio del consentimiento, expresado en la vulneración al principio constitucional de irrenunciabilidad de los derechos laborales, por cuanto, aquella aceptación de condiciones por debajo de la ley, supone a ser renunciable lo que por naturaleza es irrenunciable.

En la práctica cotidiana guatemalteca, y tanto en las relaciones laborales del servicio privado como del servicio público, se ha hecho una práctica sistemática de utilizar el contrato de servicios profesionales para documentar relaciones que son típicas de naturaleza laboral. La utilización de la figura del contrato de servicios profesionales, en este caso, pretende encubrir la existencia de un contrato de trabajo, para desvirtuar y tergiversar la naturaleza de éste último y por consiguiente las obligaciones que derivan de él.

Ahora bien, este encubrimiento se encuadra en la figura de la simulación que se ha analizado ampliamente en esta monografía, por cuanto ambas partes, es decir trabajador y patrono, están concientes desde el mismo momento de la celebración del contrato, de que están concurriendo a celebrar una simulación de contrato por servicios profesionales con el ánimo de encubrir un contrato de trabajo. Efectivamente, ambas partes están concientes, aunque la motivación de cada una es diferente, pues al empleador lo mueve el deseo de defraudar la legalidad y eximirse del cumplimiento de las obligaciones que apareja todo contrato de trabajo; mientras que al trabajador lo mueve el deseo de emplearse y de obtener una fuente de sustento, aún y bajo condiciones que van en contra de la ley y en su propio perjuicio.

Ahora bien, esta contratación simulada es nula de pleno derecho, no solo, porque se funda en hacer renunciable garantías constitucionales que son irrenunciables y que impiden por consiguiente al trabajador renunciar a su derecho a celebrar un típico contrato de trabajo



mediante el acto de la simulación, sino también porque además las propias regulaciones que se refieren al contrato de servicios profesionales, contenidas en el Código Civil, hacen impeditivo la celebración de un contrato de esa naturaleza para una persona que no tenga la calidad de profesional liberal y para quien teniéndola se encuentre buscando encubrir mediante la contratación de servicios profesionales la contratación como profesional asalariado mediante un típico contrato de trabajo.

De tal cuenta puede afirmarse con base en todo el análisis practicado a lo largo de esta investigación y en lo antes dicho, que el contrato por servicios profesionales con el que se intenta encubrir la existencia de un contrato de trabajo es nulo de pleno derecho y por lo tanto no nace a la vida jurídica, haciendo subsistente en todos los casos a la figura del contrato de trabajo que ha intentado encubrir.

## CONCLUSIONES

1. En la celebración del contrato individual de trabajo existe el consentimiento de las partes, que se expresa mediante la aceptación de las condiciones contractuales que con carácter mínimo establece la legislación laboral guatemalteca.
2. La celebración del contrato de servicios profesionales requiere, como presupuesto indispensable, el que quien preste sus servicios ostente la calidad de profesional liberal, que sólo se cumple si se posee el título debidamente expedido por las autoridades universitarias del país.
3. La celebración de contratos por servicios profesionales que buscan regular relaciones típicamente laborales, son constitutivas del vicio del consentimiento de simulación del contrato, por cuanto buscan encubrir u ocultar la verdadera naturaleza de las relaciones que ampara.
4. Mediante la celebración de contratos de servicios profesionales, en relaciones que pertenecen al ámbito laboral se busca evadir el pago de las prestaciones laborales que derivan de todo contrato de trabajo.
5. El contrato por servicios profesionales, con el que se busca desvirtuar el carácter de las relaciones laborales, se constituye en una figura inválida que en ningún caso subsume a la del contrato de trabajo.
6. La obligación que se impone a los servidores públicos para que expidan facturas por la prestación de supuestos servicios profesionales, no añaes para éstos responsabilidad penal alguna, en vista de que la sola simulación en la que han sido obligados a vincularse, supone la renuncia de derechos cuya naturaleza es



irrenunciable.

7. La legislación común guatemalteca, establece que no pueden prestar servicios profesionales, quienes no tengan la calidad de profesionales liberales, además de no existir obligación para el empleador de reconocer el pago de honorarios profesionales que por la prestación de aquellos servicios correspondería.
8. El propósito del Estado, como empleador de simular la celebración de contratos por servicios profesionales para encubrir el carácter laboral de estas relaciones, es negar el carácter de la relación laboral y sus efectos.
9. Toda figura contractual que busque encubrir la naturaleza que corresponde al contrato de trabajo, es nula de pleno derecho y en ningún caso subsume los efectos que origina el contrato de trabajo.
10. La celebración de contratos por servicios profesionales con el propósito de encubrir verdaderos contratos de trabajo, apareja para el empleador responsabilidades civiles y probablemente del orden penal, por intentar hacer aparecer como profesionales a personas que de antemano sabe que no poseen esa calidad.



## RECOMENDACIÓN

Debe regularse en el Código de Trabajo la figura de la responsabilidad laboral, traducida en el pago de los daños y perjuicios que el empleador deberá reconocer al trabajador al que haya obligado a vincularse a la celebración de una simulación de contrato para encubrir un contrato de trabajo en su propio perjuicio.





## BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Argentina, Ed. Heliasta, 1988.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Derecho individual del trabajo**. Argentina, Ed. Heliasta, 1996.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario de derecho laboral**. Argentina. Ed. Heliasta S.R.L, 1998.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Introducción al derecho laboral**. Argentina, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires Argentina. 1994.
- ESTEVA, Fabregat. **El factor humano en las relaciones laborales**. Madrid, Ed. Política Social, 1996.
- GIRÓN HERRERA, Gladis Elizabeth. **Análisis jurídico doctrinario de los contratos de prestación de servicio y su faccionamiento**. Tesis de Grado. Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. 1991.
- LÓPEZ ARGUETA, Jorge Mario. **Elementos esenciales de existencia y validez del contrato individual de trabajo y su regulación en el ordenamiento laboral guatemalteco**. Tesis de Grado. Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. 1981.
- MARTÍNEZ, Sarmiento. **La naturaleza del contrato de trabajo**. Bogotá, Ed. Nueva Sociedad, 1990.
- MENÉNDEZ PIDAL, Jorge. **Derecho laboral español**. Madrid. Ed. Torre Blanca. 1996.
- MONTERO, Mario Luis. **La naturaleza de la relación laboral**. Madrid. Ed. Revista. 1996.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Argentina, Ed. Heliasta. 1984.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**. Madrid, Ed. Espasa Calpe, S.A. 1994.



RODRÍGUEZ AGUILERA, Julio. **Derecho laboral hispanoamericano.** Madrid. Ed. Alianza Madrid. 1993

SUÁREZ NIETO, Joaquín. **El trabajo y sus modalidades.** Madrid. Ed. Revista. 1968.

VÁSQUEZ, Mateo. **Aspectos elementales de la naturaleza del contrato de trabajo.** Madrid, España. Ed. Revista, 1995.

### **Legislación:**

**Constitución Política de la República de Guatemala.** Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

**Código de Trabajo.** Decreto 1441 del Congreso de la República.

**Código Civil.** Decreto Ley 106. del Jefe de Gobierno de la República, 1963.