

LIMITES LEGALES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA

ROCÍO SERRANO GÓMEZ

Escuela de Derecho

Universidad Industrial de Santander

RESUMEN

Los artículos 15 y 16 del código civil colombiano, así como el régimen de la inexistencia y las nulidades del derecho privado, señalan los límites al ejercicio de la actividad contractual. Este artículo analiza el campo de acción de la voluntad de la libertad contractual y especialmente las barreras no definidas por el legislador, como son la costumbre, la moral social y el orden público.

PALABRAS CLAVES: *Autonomía/ contrato/ nulidad/ derecho privado/ orden público/ moral social/ ley/ nulidad/ inexistencia.*

SUMMARY:

The limits of the free contractual activity are shown by articles 15 and 16 of the Colombian Civil code, and by the related regulation of civil nullities. This essay is focused in the contractual will and specially in the legal barriers imposed to this field by the law, such as social moral, custom, and public order.

KEY WORDS: *Autonomy/ contract/ nullity/ private law/ public order/ social moral/ legal inexistence.*

1. INTRODUCCIÓN:

Para el año de 1853, época en que fue redactado el código, los recién conformados Estados se ocupaban de construir instituciones libres, iguales y fraternas, siguiendo los postulados del liberalismo radical Europeo. En esa época, el Estado se entendía como “*un gendarme*” de la actividad contractual, es decir, se limitaba a verificar la existencia del acto y a sancionar a quién no cumpliera lo pactado. En otras palabras, el ideal jurídico era la libertad contractual, de manera que todo lo que en esta materia no estuviera prohibido expresamente, era permitido.

Esta tendencia se mantiene hoy en día ya que el régimen civil busca preservar la integridad del acuerdo privado haciendo de las causas que puedan afectarlo una circunstancia excepcional de aplicación restrictiva. La jurisprudencia y la doctrina no se han alejado de este principio y de manera sostenida a través del tiempo han reconocido la importancia que tiene para la vida económica del país la libre negociación de la riqueza y el libre ejercicio de la iniciativa privada; es claro el reconocimiento al derecho que tienen todos los sujetos de negociar libremente sus bienes materiales y de regular sus necesidades por medio de acuerdos privados donde prime el respeto al derecho ajeno, a la ley y al orden social.

Para evitar la extralimitación en la libertad negocial, la ley y la Constitución¹ establecen límites a la iniciativa privada que operan como barreras inquebrantables. Estos límites tienen que ver con la preservación de la buena fe antes, durante y después del negocio jurídico, la calificación de “*irrenunciable*” de derechos que se consideran caros para la sociedad y para el sujeto, la protección de la parte débil frente a la dominante, la especial reglamentación de contratos masivos, como los de servicios públicos; el establecimiento de nulidades absolutas para la violación de bienes supremos como la moral social, las buenas costumbres o el orden público; la sanción de la nulidad relativa a negocios en que una parte abusiva se aproveche del error del otro, o lo determine por la fuerza o el dolo; así como el interés en preservar el equilibrio económico con figuras como la lesión enorme.²

¹ El artículo 333 de la Constitución Nacional dice que “*la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades*”.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Julio 6 de 2007. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

¿Qué alcances tiene esta frontera? ¿Es posible asir de manera concreta conceptos tan vaporosos como orden público, costumbre social y buenas costumbres y sacar de allí una lista de contratos nulos? ¿Qué guía debe tener el particular al momento de celebrar un acuerdo para tener certeza sobre la legalidad del mismo? En fin, ¿Cuál es el impacto en el derecho privado de las prohibiciones y límites impuestos por los artículos 15 y 16 del código civil colombiano? Este ensayo busca precisar el contenido de los “conceptos barrera” a la libertad privada y establecer criterios que definan la nulidad de los negocios jurídicos redactados en contra de estos límites.

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA:

La autonomía de la voluntad privada está definida por la doctrina como “*la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos*”³. Entonces, el contrato es una forma de autorregulación de los intereses particulares, la herramienta empleada por los ciudadanos para pactar sus acuerdos sobre determinados puntos. Sin embargo, esta facultad es limitada porque no pueden acordarse asuntos que violen la ley, el orden público o las buenas costumbres. Si así se hiciera, la misma ley establece la sanción: la inexistencia o la nulidad del contrato. Esta última puede ser absoluta o relativa, según lo que busque preservar el legislador. Si busca proteger la sociedad entera y el orden general, estaremos frente a la nulidad absoluta y si lo que se pretende es cuidar de los intereses particulares de quienes intervienen en el negocio jurídico, estamos frente a la nulidad relativa. Veamos en qué consiste y cuándo se presentan las situaciones particulares que hacen que el Estado actúe castigando el mal actuar de quienes por regla general, son libres para negociar.

3. ILEGALIDAD DE LOS ACUERDOS PRIVADOS:

3.1 La inexistencia:

Es la sanción mas grave del ámbito contractual. Se presenta cuando falta algún elemento esencial para la

³ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Temis, Bogotá. 1980

configuración del negocio jurídico. Por ejemplo, no hay consentimiento de una de las partes, como cuando en el matrimonio alguno de los contratantes omite decir “sí”, o cuando en las compraventas no se pacta precio o no hay un objeto determinado o determinable, o cuando el que contrata es un infante sin representación legal. Situaciones tan anómalas como estas hacen que el legislador desprece a tal punto el acuerdo que lo considera inexistente. Esto acarrea que ni siquiera deba someterse a juicio su validez. Sencillamente no existe y no merece ningún pronunciamiento judicial sobre sus efectos.

3.2 Nulidad absoluta:

Como sanción que es, la nulidad solo puede ser impuesta por el legislador, de manera que si no encontramos en el código una sanción de este tipo, no podremos plantearle al juez que sancione según nuestro criterio un comportamiento que consideramos nefasto o dañino. No. Las nulidades son exclusiva del legislador y aquí podríamos aplicar el aforismo *Nullum poena nullum crimen sine legem*. Además de ser sanciones conforman un régimen excepcional, especial y por lo tanto no podríamos aplicarlas por analogía ante un vacío legal.

La nulidad absoluta se da cuando la imperfección del contrato es tal que puede vulnerar no solo la seguridad del otro contratante, sino toda la estructura social. En concreto, el acuerdo contiene disposiciones contrarias al orden público o a las buenas costumbres, o no se somete a formas solemnes impuestas por la ley.⁴

La nulidad absoluta es una barrera que impide que un acuerdo privado se extralimite y viole derechos que interesan a toda la sociedad, no solo a quien lo suscribe; por esta razón el juez puede decretarla aún de oficio donde quiera que la detecte. (art 1742 c.c.). Mientras que la nulidad relativa requiere de petición de la parte interesada para que sea declarada por el juez (art. 1743 c.c.).

Como existentes que son, los contratos nulos (absoluta o relativamente) rigen en tanto no sea declarada su nulidad por sentencia judicial. Una vez declarada, la nulidad acarrea la rescisión del contrato, que en términos muy elementales, es dejar sin efectos lo pactado y por lo tanto volver las cosas al estado en que se encontraban antes de contratar.

⁴ COLINA, Ambroise y CAPITANT Henry. *Derecho civil*. Colección grandes maestros del derecho civil. Editorial jurídica universitaria. Vol. I. México, 2002. pág. 51.

Veamos cuáles son los bienes supremos que no pueden afectarse por la libertad contractual y que de hacerse, acarrearían nulidad absoluta.

3.2.1 Las buenas costumbres:

La doctrina ha definido la costumbre de diversas maneras. Sin tantos atajos, Colin y Capitant opinan que *“las buenas costumbres son la moral”*⁵. Por vía jurisprudencial se ha aclarado que la moral social, y no la religiosa, es la que determina la costumbre de un pueblo⁶. Como la ley no define cuándo el contrato ataca este bien supremo, es el juez quien decide sobre el particular haciendo uso del método de interpretación sociológico. En caso de que su juicio lo lleve a concluir que lo estipulado desconoce lo que la sociedad considera como justo y adecuado, ordenará rescindir la convención que originó el litigio.

Emilio Betti ve a la costumbre como una especie de *acuerdo general* sobre lo que es bueno y justo, él habla de *“conciencia social”* y dice que el juez opera como intermediario entre ésta y la ley. El trabajo del intérprete es arduo porque no se trata de una simple comprobación sino de *“un criterio deontológico que es producto de una valoración moral”*; se advierte, sin embargo, que el juicio es social y no personal ni de una pequeña élite, porque se trata de un tipo superior de costumbre que, aunque no necesariamente debe ser observada unánimemente y uniformemente por todos los miembros sociales, sí debe ser conforme a las *“exigencias éticas reconocidas en el círculo de los interesados y, por lo tanto, susceptible de ser universalmente aceptada.”*⁷

Similares advertencias pronuncia Valencia Zea⁸, quien equipara a la costumbre con una *“moral jurídica”* o con aquellos principios morales practicados por todos; así las cosas, la moral es la realización del orden social, *“el modo de pensar de toda la nación”*, y de ninguna manera es lo que el juez cree correcto de acuerdo a su moral personal o a sus convicciones religiosas.

⁵ IN, Ambroise y CAPITANT Henry. *Derecho civil*. Colección grandes maestros del derecho civil. Editorial Jurídica Universitaria. Vol. I. México, 2002. Pág. 42

⁶ Sentencias C-224/94 y C-083/95.

⁷ TI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Editorial Revista de derecho privado. Madrid. 1954. Pág. 85

⁸ ALENCIA ZEA, Arturo y otro. *Derecho civil*. “Parte general y personas”. Tomo I. Temis. Bogotá, 1997.

Así las cosas, un negocio inmoral podría ser aquel que garantiza el ejercicio de los derechos familiares a cambio de sumas de dinero, o imponiendo condiciones para su ejercicio, o aquel que priva a un particular del ejercicio de un derecho reconocido por la ley como el derecho de alimentos o el derecho de heredar a su padre muerto, por citar solo algunos ejemplos donde además del perjuicio particular, toda la sociedad se sentiría ofendida por el acuerdo porque cambia las "reglas de juego" de lo que todos hemos aceptado como equilibrado, justo y digno de ser respetado.

Como es apenas obvio, la moral social evoluciona con el tiempo y es diferente en cada sociedad; por ejemplo, un contrato inmoral pudo ser en el pasado aquel en el cual la mujer renunciara a vivir en el domicilio conyugal para establecer uno diferente; bien sabido es que hoy en día, el derecho constitucional a la igualdad de géneros y al respeto entre todos los miembros de la familia deja sin piso la obligación de la mujer de vivir en el domicilio de su marido, luego, ningún juez contemporáneo podría considerar inmoral esta clase de estipulación y menos terminar sancionándola con nulidad absoluta.

Eso sí, tanto ayer como hoy, sería inmoral un acuerdo suscrito para renunciar a los deberes que impone la autoridad paterna, o a los derechos de la patria potestad, por citar solo dos casos, porque claramente ofenden lo que la sociedad considera que es justo, sin mencionar el desconocimiento del derecho natural. A veces el legislador es quien da ejemplos de contratos inmorales, como el caso de establecer condiciones para que una persona permanezca en la viudez (*art. 1133 c.c.*), en otros casos alude específicamente a la moral como una manera de reconocer derechos subjetivos, como aquellas normas sobre guardas que exigen del guardador idoneidad física, intelectual y por supuesto moral (*artículos 586 y siguientes del c.c.*).

Para redundar en ejemplos, sería absolutamente nulo aquel contrato en que se pacta un precio a cambio de cumplir las obligaciones legales derivadas del derecho público o del privado, como sería el caso de quien cobra por el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, o por asistir a un ascendiente en estado de necesidad, o por denunciar abusos contra los niños o contra cualquier persona. Muchos de estos contratos atentarían no solo a las buenas costumbres sino que tendrían un objeto ilícito, según se explicará más adelante.

En conclusión, los contratos que en su texto violen la costumbre social o alguna de las normas que

tangencialmente la refieren tienen existencia jurídica pero serán tachados de absolutamente nulos porque atentan contra el interés general y lo que el acuerdo general considera justo y digno de tutela.

3.2.2 El orden público:

Como sucede con la moral, no existe un concepto claro de orden público. A pesar de lo anterior, el código lo cita en algunas de sus normas dejando al juez la tarea de determinar la nulidad absoluta del acuerdo.

La doctrina ha interpretado el concepto para orientar la labor del jurista. Collin y Capitant hablan de "*la organización necesaria para el buen funcionamiento del Estado*". En otras palabras, lo que no puede faltar para que convivamos en comunidad, lo esencial para lograr los fines del Estado. Como ejemplo citan las leyes del derecho penal, las que mantienen la seguridad, la moralidad pública, las relacionadas con la manera como se desarrolla la economía del Estado, las que regulan la conformación de la familia, las relacionadas con la protección de los incapaces, y en fin, aquellas que interesan a toda la sociedad. De acuerdo a lo anterior, el concepto de moral social está incluido en el de orden público.

Con su entretendida prosa, Arturo Alessandri reconoce que no es fácil definir al orden público porque "*estas cosas se sienten mejor de lo que se definen*". Sin embargo, se aventura y dice que es "*la organización existente en cierta sociedad, organización basada en determinadas ideas políticas, económicas, sociales, religiosas y morales que en un momento histórico dado se consideran fundamentales para obtener el normal y correcto funcionamiento de la sociedad.*"⁹ Siendo un concepto arraigado en el desarrollo de los grupos sociales, es de prever que la definición de lo que es el orden público puede variar a través de los tiempos y será diferente de una sociedad a otra.

Si así son las cosas, debemos concluir que el orden público resume todos los principios superiores de la sociedad y conforma, como dijo algún tratadista, "*las columnas fundamentales de la sociedad*", estamos frente a las guías intocables e innegociables que no pueden ser desconocidas por los contratistas cuando deciden aceptar la delegación legislativa de que hablamos al principio de este ensayo. Por eso, el orden público contiene la moral social.

⁹ COLIN Y CAPITANT. *Ibid.*

¹⁰ ALESSANDRI, Arturo. *Curso de derecho civil*. Imprenta El Esfuerzo, Santiago de Chile. 1980.

El orden público se expresa por medio de leyes de orden público. Y es apenas lógico que se diga que las leyes de orden público son *“las que tienden a asegurar la organización que posee una sociedad para su normal y correcto funcionamiento”*, aquellas que interesan más a la sociedad que a los hombres individualmente considerados, *“las que se inspiran en el interés general de los individuos”*¹¹.

No siempre es fácil distinguir una ley de orden público de otra que no lo es porque el interés general y el particular no se oponen. La tarea corresponde al juez y antes que a él, a los contratantes. Cuando afrontamos la encrucijada, la doctrina recomienda examinar detalladamente el fin de la norma y su fundamento. Al respecto podríamos formular preguntas como: *¿Qué regula esta ley? ¿Cuáles son sus intereses?* Si la respuesta tiene que ver con cualquiera de los campos que conforman el orden público o cualquiera de los elementos de la definición de orden público, deberíamos entender que son normas intocables, innegociables, inmodificables u obligatorias al momento de diseñar el acuerdo particular.

El área del derecho público, -aquellas que regulan la actividad del Estado y cualquiera de las ramas del derecho público-, está conformado en su integridad por normas de orden público. A modo de ejemplo, el derecho constitucional, penal, tributario, laboral, administrativo, procesal, entre otros, están compuestos totalmente por normas que no podemos desconocer, negociar, ni obviar. No sucede lo mismo en el derecho privado, donde coexisten normas de derecho público con las de derecho privado. *¿Cómo identificar aquellas que son inmodificables por los particulares?* Simplemente identificando aquellas instituciones del derecho privado que la sociedad ha catalogado como indispensables para el mantenimiento de la moralidad pública, la organización social, la defensa del contratante débil o del sujeto incapaz, o aquellas que concretan situaciones contractuales que pueden violentar el orden público o las buenas costumbres. Esas son normas innegociables, inderogables, imprescriptibles y no pueden desconocerse en acuerdos privados. El tratadista chileno Alessandri Rodríguez expone una lista de normas de orden público que una vez violadas acarrearían la sanción de nulidad absoluta:

a. Leyes que rigen el estado y capacidad de las personas. Por ejemplo, no podría celebrarse un contrato con un menor de edad sin representación, o casarse válidamente por fuera del mínimo de edad permitido

por la ley. Bajo ningún motivo podría transarse sobre el estado civil de las personas.

b. Leyes que organizan la propiedad, especialmente la agraria. Porque estas normas *“tienden a modelar la conformación económica y social de un Estado”*.

c. Leyes que adoptan medidas que resguardan derechos de terceros, personas que no forman parte de un contrato, por la razón de que todo interés que no es de las partes, debe confundirse con el interés general. Para ilustrar lo anterior, se mencionan las leyes que hablan de inscripciones en registros públicos, inserciones en periódicos (*edictos*), notificaciones, etc....

d. Leyes que se dirigen a proteger a un contratante contra el otro. El legislador reconoce que no siempre las partes se encuentran en el mismo nivel de igualdad, entonces la ley ampara al más débil impidiendo el abuso del fuerte mediante, por ejemplo, de la imposición de cláusulas leoninas. El más claro ejemplo para el autor es el contrato de trabajo. Nosotros añadimos, las leyes que establecen la lesión enorme y el enriquecimiento sin causa, instituciones que por lo tanto no podrían negociarse, transarse o evadirse por mucho que se diga lo contrario en los contratos celebrados por particulares.

Y, *¿Cómo las identificamos?* A manera mas ilustrativa, Alessandri da una clave para identificar las normas de orden público diciendo que ellas se enuncian como *“se prohíbe”*, *“no es lícito”*, *“no se puede”*, *“no tendrá ningún valor”*, etc.; sin que sea una guía constante, ya que no todas las normas de orden público tienen una redacción tan clara. A lo anterior se le añade que son aquellas que resguardan derechos importantes para la estabilidad social y el orden general. Las leyes de orden público se conocen como *“leyes prohibitivas”*, porque limitan la creatividad de los contratantes y la cifien a los supremos intereses del Estado. Cuando el análisis gramatical se agote sin éxito, puede ser buena idea preguntarnos si el acuerdo que pretendemos validar es un contrato prohibido por las leyes expresamente, o si hay objeto o causa ilícita, si desconoce requisitos formales exigidos por la ley, o si se encuentra en cualquiera de las situaciones enunciadas anteriormente. En otras palabras, si el acuerdo viola la ley imperativa o el interés general

3.2.3 Otra causal de nulidad absoluta: Falta de formalidades legales:

En este punto existe una confrontación en la doctrina ya que algunos -como Planiol y Ripert-, ven en la

¹¹ ALESSANDRI. Op cit. Pág. 222

negociación de bienes de incapaces¹² normas de orden público que acarrearán nulidad absoluta, mientras que otros consideran que siendo estas unas reglas que protegen primordialmente el interés de los contratantes, habría nulidad relativa. Es de esta última tendencia el notable jurista colombiano Fernando Vélez¹³, quien se apoya en el artículo 1741 del código civil para afirmar que por tratarse de un acto relacionado con el estado de las personas que lo ejecutan, es decir, por tratarse de unas formalidades establecidas *no por la naturaleza del acto o contrato* sino por la calidad o estado de personas incapaces como los hijos de familia o los pupilos, evadir estas formalidades no produciría nulidad absoluta sino relativa, entre otras cosas porque la falta de esos requisitos puede ratificarse por el padre o por el menor de edad cuando alcance su mayoría de edad, y la ratificación es incompatible con la nulidad absoluta.¹⁴

Si, además de lo anterior entendemos que la libertad negocial es el principio general y que solo excepcionalmente y por causas legales puede vulnerarse la efectividad de un contrato, podría pensarse que la nulidad que afecta los contratos donde se ha omitido la formalidad de la licencia judicial en la venta de bienes de incapaces es relativa, pero si entendemos que estas normas no solo amparan el interés individual de los contratantes incapaces sino que está de por medio todo el interés jurídico sobre una parte especialmente vulnerable y débil, los menores de edad y los dementes interdictos, y que es acorde con el orden establecido protegerlos, podría afirmarse que la nulidad es absoluta por falta de las formalidades establecidas especialmente por ley. Quedará a cargo del juez definirlo según el concepto de leyes de orden público.

En cuanto a la ausencia de las formalidades que la ley exige para la legalidad de ciertos contratos, es claro que acarrea nulidad absoluta, como cuando falta la escritura pública en la compraventa de inmuebles o faltan los testigos en un matrimonio, o en un testamento, o si la promesa es verbal y no escrita, o si la adopción se hace mediante escritura pública y no mediante proceso judicial, para citar algunos ejemplos. Nótese que en estos casos la falta de las formalidades legales perjudica

¹² Nos referimos a los requisitos para la disposición y gravamen de bienes de hijos de familia o de pupilos, que tienen que ver con el permiso judicial y la venta en pública subasta, artículo 480 y siguientes del código civil colombiano.

¹³ VÉLEZ, Fernando. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*. Tomo VI: Página 385 y siguientes. Imprenta Paris-América. Paris. Sin datos de año de edición.

14 14 Ibid. Pág. 389

no solo a los contratantes sino a la sociedad entera por problemas que tienen que ver con la publicidad de los actos privados. Lo anterior explica la razón por la cual la nulidad es absoluta y no meramente relativa.

4. NULIDAD POR RENUNCIA DE DERECHOS SUBJETIVOS. ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO:

En general, la renuncia de derechos está permitida, pero no puede presumirse. El no uso del derecho no implica, infaliblemente, la presunción de su renuncia. Y si se renuncia expresamente, la declaración de voluntad debe ceñirse a lo establecido en el artículo 15 del código civil colombiano, es decir, que el derecho del que se dispone solo mire el interés individual del sujeto y que la renuncia no esté prohibida por la ley.

Un particular puede renunciar a los derechos que surgen de cualquiera de las fuentes de las obligaciones, es decir, no solo los que da la ley sino los que reconoce el contrato, el cuasicontrato, el delito, cuasidelito, y el enriquecimiento sin causa. Pero entendiéndose de los que concede la ley, solo pueden renunciarse los reconocidos por leyes permisivas¹⁵, no por leyes de orden público porque entonces estaríamos afectando el interés general, los mínimos esenciales del orden y tal vez, las buenas costumbres.

Adicionalmente, Betti¹⁶ anota que los particulares *“no pueden despojarse anticipadamente del ejercicio de un derecho o de un poder necesariamente ligado a un derecho”*, como sería *la facultad de disponer* de ese derecho. Según el jurista y filósofo italiano, tampoco se puede negociar sobre *“las clases de regulación de los intereses privados”*; nosotros entendemos por lo anterior que la ley es la que diseña los marcos en que puede moverse la negociación de los intereses y no los particulares porque *“el derecho no presta su apoyo al capricho y al arbitrio individual”*, el derecho trabaja por lo que es útil, trabajo por cosas *“que merezcan ser organizadas de una manera estable”* y es claro que no todas las formas con que los particulares pretenden regular sus intereses merecen de tutela jurídica.

En otras palabras, para Betti, el derecho decide que un contrato es lícito obedeciendo *“el sentido de*

¹⁵ ALESSANDRI. Op cit. Pág. 229

¹⁶ BETTI, Ibid. Pág. 87

apreciación que la conciencia social haga de ella". Entendemos por conciencia social ese pacto de que hablamos antes, ese acuerdo sobre lo que la comunidad entiende por justo y bueno. Entonces, la ley respalda únicamente lo que la conciencia social considere válido, no lo que los particulares redacten en contravía de esa conciencia, o costumbre social. Por ejemplo, disponer sobre intereses incompatibles con la libertad o la dignidad humanas contiene "*causas*" o tipos de interés no tutelados por la ley. También lo sería la negociación de derechos subjetivos derivados del parentesco, como alimentos y derecho a heredar o los que se desprenden del matrimonio, como el de fidelidad y ayuda, o en fin, cualquier otro que esté acorde a lo que la sociedad y la ley han considerado fundamentales o una elemental consecuencia de vínculo jurídico especialmente protegido por el derecho.

4.1 Derechos cuya renuncia permite la ley:

No existe una lista taxativa de derechos renunciabiles o de aquellos que no lo son. De acuerdo al artículo 15 del código civil, si la renuncia no está prohibida y solo mira el interés individual del contratante es viable, de lo contrario, el contrato tendría objeto ilícito y sería sancionado con nulidad absoluta.

A modo de ejemplo, Alessandri Rodríguez enumera los derechos que él considera *irrenunciabiles*:

a. Aquellos que no solo interesan al contratante sino que representan un interés colectivo. Nosotros pensamos que la patria potestad, por ejemplo, contiene unos derechos de representación, administración y usufructo sobre los bienes de los hijos, no susceptibles de renuncia porque interesan no solo al padre que firma el contrato, sino a su prole y en general, a todo el orden social.

b. Los derechos cuya renuncia prohíbe la ley, precisamente porque le reconoce implicaciones sociales.

c. Creemos que entre otros ejemplos estaría el derecho de alimentos, el derecho de herencia, o los pactos comisorios para evadir la venta en pública subasta, pactados en el mismo contrato donde se establece la garantía, entre otros.

Según Betti¹⁷ no podemos desconocer en nuestros contratos los efectos jurídicos que la ley le da a los negocios. La voluntad privada no puede "*dar vida a relaciones jurídicas desconocidas por el derecho*".

¹⁷ BETTI, Ibid. Pág. 88 y ss.

Betti cita como ejemplo la tipicidad de los derechos reales, que son únicamente los señalados por la ley y las partes no pueden agregar otros, según lo anterior, cada vez que el legislador haga uso de listas "*numerous classus*" estaría limitando la creatividad privada. Tampoco podrían disponer los particulares sobre los efectos que la ley le da a ciertos actos. Por ejemplo, pactar que determinados derechos que la ley considera intransmisibles lo sean—como el derecho de alimentos o el derecho de heredar, o la patria potestad—, o pretender que un negocio que la ley concibe como "*irrevocable*" se torne revocable, o viceversa.

Tampoco pueden las partes en un contrato quitarle eficacia a un negocio estableciendo en él restricciones o exenciones de responsabilidad que nada tienen que ver con su función típica ni como lo concibió la conciencia social o costumbre social.

Entre las alteraciones de los efectos del contrato que son consideradas inadmisibles está la de las cláusulas que alteren los términos de caducidad de las acciones, o cuando se altere el natural equilibrio que debe existir entre las partes.

A veces, la ley prohíbe expresamente la renuncia de algunos derechos, pero estos casos son contados¹⁸. Si a pesar de la advertencia legal se dispusiera de ellos, estos contratos serían nulos absolutamente, siguiendo lo indicado por el artículo 16 del código civil. Y si se renuncia a derechos que a pesar de no estar señalados expresamente como irrenunciabiles, pero que se relacionan con el interés general, la sanción sería de nulidad absoluta porque adolecen de objeto ilícito por violación directa a la ley. Veamos ahora en qué consiste este elemento.

5. NULIDAD POR OBJETO ILÍCITO

Según Valencia Zea, no podemos entender *un objeto* como lícito o ilícito, en vez de eso lo que puede reunir estas características es la conducta humana o el contenido de las declaraciones de voluntad. El objeto de la declaración de la voluntad es la conducta humana (acción u omisión). No es la cosa o el objeto sobre la que se ejecuta la acción la que sea lícita o ilícita. Lo que sucede es que la voluntad suele recaer sobre objetos, como cuando A suscribe un contrato de compraventa con B para la compra de un bien: en este caso el objeto del contrato es *la acción de entregar* una suma de dinero y

¹⁸ Renuncias expresamente prohibidas por la ley se encuentran en los artículos 424, 805, 828, 2370, 2455, entre otros.

hacer la tradición del bien contratado, por eso lo lícito es la acción o la omisión no el bien comprometido ¹⁹.

La guía para saber cuándo es lícita o no una conducta humana son los artículos 15 y 16 del código civil y todas sus normas concordantes. En cuanto al objeto ilícito, el artículo 16 se complementa con el 1518 y el 1523.3 del código civil, al exigir que cuando el objeto de la obligación sea un hecho (obligación de hacer o no hacer), esta debe ser **“física y moralmente posible”**, no hay problema respecto a la exigencia física que es simplemente existir o esperar que exista, mas bien lo hay en la segunda condición: que sea moralmente posible. *¿Qué significa esto?* Sencillamente, que no viole la ley ni sea contrario a las buenas costumbres o al orden público. De nuevo, será la interpretación judicial la que le de la legalidad al contrato según sea la tasación que se haga de la costumbre y del orden social.

Otras normas hablan de objeto ilícito: Artículos 1519, 1520, 1521, 1523 y 1532 del código civil. En términos generales, estas normas mezclan cosas con derechos, calificando de ilícitas las acciones humanas que pretendan disponer de ellos. Por ejemplo, el contrato adolece de objeto ilícito y por lo tanto es absolutamente nulo cuando se negocia con bienes fuera del comercio como los enunciados en el 1521, cuando se negocia usando un contrato prohibido por la ley o aquel contrato que, como decía Betti, el derecho no ha considerado útil o lícito y por lo tanto no lo ha configurado; también es objeto ilícito, cuando se trata de derechos de sucesión sobre personas vivas, o cuando se negocian derechos o privilegios intransferibles a otras personas, como son los derechos de alimentos, el mismo derecho de suceder, la patria potestad, o la designación de una guarda, casos en los cuales el **“privilegio”**, el derecho ha sido designado por la ley bajo consideraciones de orden público.

Concluamos: el objeto ilícito está estrechamente relacionado con la acción humana. Cuando la acción está prohibida por la ley conforma un objeto ilícito. Estas conductas humanas son la esencia de los contratos, luego, si la acción está proscrita por la ley o ataca al orden público o a las buenas costumbres, el contrato en sí también lo está y es absolutamente nulo. Aparte de lo dicho anteriormente, son ejemplos de acciones humanas ilícitas (también diríamos de objetos ilícitos): un contrato en que A se obliga para con B en dar muerte a C (*acción*); o en el que M se obliga para con N a **“no cometer un crimen”** (*omisión*); o aquel en que las

partes deciden ratificar en el contrato obligaciones que ya existían en la ley, como si un cónyuge aceptara cierta suma de dinero para hacer vida marital con el otro cónyuge; o aquellos negocios en que los contratantes estipularan sobre renunciaciones prohibidas por el orden público como cuando un padre dispone de los derechos de la patria potestad, o un hijo de su derecho de percibir alimentos de su padre, o un sujeto a un estado civil. También habría objeto ilícito por violación expresa a la ley en el caso de la venta entre padres e hijos de familia (1852 c.c.) o entre guardadores y pupilos sobre bienes de este último (*art. 501.1*), o la donación de inmuebles del pupilo (491). Aparte de los anteriores casos, puede contemplarse lo previsto en los artículos 198, 424, 1523, 1773, 1777, 1865.2, 1867, 1942, 1950, 2235, 2290.2, y 2473 del código civil.

Otra violación de la ley puede presentarse cuando se evaden requisitos que la ley prescribe para la validez del contrato, y que son importantes para el público general y para la seguridad en la negociación de algunos bienes, como es la escritura pública en la compraventa de inmuebles.

Como hemos dicho, la consecuencia del objeto ilícito es la nulidad absoluta, según se lee en el artículo 1741 que en su inciso dos trae una advertencia muy importante: los contratos celebrados por incapaces absolutos (*art. 1504*), son absolutamente nulos, mientras que si son pactados por incapaces relativos, serán relativamente nulos.

El código civil no da una lista de negocios nulos pero habla de las causas que provocan la sanción; entonces, es labor del intérprete deducir cuándo hay nulidad absoluta o relativa. La nulidad absoluta es de escasa presencia, debido al interés que tiene el legislador de preservar los acuerdos de los particulares, la aplicación de esta sanción es excepcional y se aplica siempre que se vulneren normas la ley, el orden público y las buenas costumbres, cuando se renuncien derechos irrenunciables, o se obvien formalidades esenciales al contrato. Es decir, cuando el acuerdo desborde los límites del interés privado y afecte los pactos sociales recogidos por la ley como indispensables para la preservación del orden o la moral social.

Es relativa la nulidad que resulta de todos los restantes vicios que pueda traer el negocio jurídico y que son inherentes a la seguridad jurídica de las partes. Son ejemplos de actos relativamente nulos, los ejecutados por el guardador antes de obtener el discernimiento y que se validan por el mismo acto de discernimiento

¹⁹ VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho civil. Parte general muy personas*. Tomo I. Temis, Bogotá, 1997.

por considerarlos beneficiosos para la administración (*art. 467 c.c.*); los negocios celebrados por incapaces relativos como el interdicto por disipación (*artículo 1504.3*); los negocios donde se afecta la voluntad por error, fuerza o dolo (*artículo 1508 c.c.*); los negocios realizados por el hijo de familia no autorizados por sus padres (*artículo 301*) y según alguna parte de la doctrina los negocios de disposición de bienes de incapaces donde se obvian las formalidades legales, entre otros tantos ejemplos.

CONCLUSIONES

La regla general en materia contractual es que el acuerdo se considere válido y que los particulares puedan regularse de acuerdo a lo que ellos establecen legítimamente. En este sentido, el legislador quiere que se respete lo acordado por los particulares y que solo. Excepcionalmente el acuerdo pueda tildarse de inexistente o nulo. Esta circunstancia se dará siempre que se violen las causales de inexistencia y nulidad, que son taxativas y precisas.

A pesar del esfuerzo hecho por la doctrina al presentar listas sobre contratos nulos, no existe una enumeración completa de los negocios jurídicos nulos. Corresponde al intérprete concretar cada situación considerando la definición doctrinal de los límites a la voluntad privada. Algunos de estas barreras no han sido definidas por el legislador y están ligadas a conceptos etéreos como *“buenas costumbres”, “moral social” y “orden público”*, lo que exige del intérprete la aplicación del método sociológico.

Contrario a lo que podría pensarse, la prelación de lo general sobre lo particular es un principio rector del derecho civil. Al mismo tiempo, es una clave para identificar la pertinencia de la nulidad absoluta o relativa. Así las cosas, la sanción absoluta se aplica cuando se protegen intereses del orden público y las buenas costumbres, mientras que la relativa se estableció para proteger intereses particulares, de los contratantes. El interés tutelado por cada clase de nulidad es útil para entender porque las primeras pueden decretarse de oficio por el juez, no pueden ratificarse y prescriben en más largo tiempo; mientras que las segundas solo pueden decretarse a petición de parte, son ratificables por los interesados y prescriben en un tiempo mas corto.

REFERENCIAS:

ALESSANDRI, Arturo. Curso de derecho civil. Imprenta El Esfuerzo. Santiago de Chile. 1980.

AMBROISE, Colin y HENRY, Capitant. Derecho Civil. Colección grandes maestros del derecho civil. Editorial jurídica universitaria. Vol. I. México, 2002.

BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Editorial revista de derecho privado. Madrid, 1954.

VALENCIA ZEA, Arturo y otro. Derecho civil. Parte general y personas. Tomo I. Temis. Bogotá, 1997.

VÉLEZ, Fernando. Estudio sobre el derecho civil colombiano. Tomo VI. De las obligaciones y contratos. París-América. París.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de Julio 6 de 2007

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-224/94 y C-083/95.