

EVOLUCION DE LA NOCION DE ORDEN PUBLICO

por el doctor HERNANDO DEVIS ECHANDIA

1.—Dentro del proceso de limitaciones a la autonomía de la voluntad, fue natural que se recurriera en primer término a los instrumentos tradicionales, consagrados ya en el derecho positivo. El artículo 6° del Código de Napoleón, similar al 16 de nuestro código, trae la prohibición expresa de celebrar contratos que violen las normas que interesen al orden público y a las buenas costumbres. Es la consagración de la única limitación que para la doctrina individualista debía establecerse al poder creador de la voluntad y al mismo tiempo la forma más sencilla de hacerlo.

Y en consecuencia con los artículos citados, se establece en ambos códigos que es nulo absolutamente el contrato afectado de una causa ilícita, y que lo es la prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público. (Artículos 1133 del C. C. F. y 1524 del C. C. C.).

Naturalmente, dada la concepción filosófica de la autonomía de la voluntad y su capacidad inmanente, coexistiendo con la teoría económica de la libre competencia y con la política de la no intervención del Estado en las actividades particulares, los autores del código no podían usar aquella noción sino con una marcada timidez.

Ya se dijo que para la escuela individualista las excepciones a la autonomía de la voluntad debían ser rigurosamente limitadas, ya que el bienestar general y la justicia, según ella, se cumplían cabalmente en el libre acuerdo de voluntades particulares. Luego era lógico que se considerara la noción del orden público como rigurosamente legal; es decir, para que un acto pudiera ser violatorio del orden público y en consecuencia anulado, era menester que con él se violara una disposición legal a la cual el legislador le hubiese asignado expresamente el carácter de orden

público. Tal era la interpretación que se daba al artículo 6º del código.

Como se comprende, las consecuencias de pareja doctrinaria son tres: se restringe a un reducido número de casos la aplicación de la noción; se supone en el legislador una capacidad previsora que sobrepasa a toda humana imaginación; y se considera al orden público como algo estático e inmodificable, cuando precisamente es de su esencia la transformación permanente, ya que las condiciones de todo orden que lo constituyen varían de contenido y de importancia al choque de los hechos sociales.

Por otra parte, como en el momento de expedirse el Código de Napoleón al Estado se le asignaba únicamente una función política, y no una función económica, era natural que la noción de orden público tuviese un significado político también, y que la formasen las disposiciones que reglamentan la organización del Estado y de la familia. Era el período de la primacía de lo político sobre lo económico.

Con todo, ya con la inclusión de la noción en el código se establece una vigilancia sobre el nacimiento y la ejecución del contrato para el efecto de conocer la licitud o ilicitud de su causa, con lo que se consagra el principio según el cual el Estado conoce mejor que los contratantes el orden que conviene hacer reinar en la sociedad. Se interviene no ya en defensa de las voluntades individuales, sino para destruirlas en caso de que resulten perjudiciales a la comunidad en vista de los fines perseguidos.

El instrumento estaba creado, pero faltaba hacer de él un uso conveniente, y naturalmente los exégetas individualistas no podían hacerlo, puesto que se trataba de limitar el principio, caro para ellos, de la soberanía de la voluntad particular.

Pero es necesario no confundir el orden público político con el llamado orden público de policía y que se refiere a la tranquilidad, seguridad y sanidad públicas y cuya guarda corresponde a la policía y de manera más general, entre nosotros, al presidente de la república, (Artículo 115, numeral 7º de la Constitución).

2.—La jurisprudencia francesa no tardó en iniciar la tarea de extender la noción y de obtener de ella todos sus resultados. Reaccionó en primer término contra el concepto legal de la noción, sosteniendo que el artículo 6º del código no habla de que es prohibido violar las normas de orden público, sino las normas *que interesan al orden público* y que por tanto bien puede tratarse de una disposición a la cual el legislador no le haya dado expresamente ese carácter.

Nuestro texto habla también de “las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”. Luego lo que importa es que el cumplimiento de la norma *interese* al orden público y no que sea ella misma de orden público por mandato del legislador.

Y algo más, la doctrina moderna acepta que un acto pueda ser considerado como violatorio del orden público, a pesar de que no esté en contradicción con ningún texto legal, si se considera que perjudica el orden que de acuerdo con la legislación general es fundamental para el Estado. Y si se relacionan estos artículos con los que reglamentan la noción de la causa, aparece más clara aún la anterior conclusión.

Por otra parte, a medida que de la absoluta libertad de comercio se ha venido pasando al sistema de la economía dirigida, la importancia de este aspecto de la organización jurídica se ha realzado, y con ello la noción de orden público se ha penetrado también de un sentido económico. Los problemas que de esta índole ha sufrido el mundo, han hecho que la organización económica sea considerada tan importante para la vida del Estado como la organización política. Y como se ha hecho necesario establecer normas obligatorias que frenen el caos creado por el egoísmo particular libre de trabas y su número e importancia es cada día mayor, se hizo necesario considerar como nulos los actos que atentan contra los fundamentos económicos de la nación, de la misma manera que si violaran su organización política.

Nace así, al lado de la noción de orden público político, única conocida por los redactores del código y sus intérpretes individualistas, otra más amplia y fecunda: la noción del orden público económico, que en realidad está constituida por todas las disposiciones sobre intervención del Estado en todos los aspectos de la vida económica y comercial, y que son normas de derecho público.

Nuestra Constitución trae un artículo incorporado por la reforma de 1936, que es precisamente consagración del orden público económico en Colombia, por el cual se autoriza al Estado “para intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho” (Artículo 32 de la actual codificación).

E igualmente, el texto constitucional según el cual “cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pú-

blica o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social”, es la mejor consagración de la noción de orden público dentro de su más amplia aceptación. (Artículo 30 ídem).

Los ejemplos de estas leyes que forman el orden público económico de cada país son muy numerosos: leyes expedidas sobre rebaja de deudas en las épocas de crisis y de valorización excesiva de la moneda; que establecen una rebaja en los intereses usurarios; que imponen un control de los precios de ciertos artículos o limitan su venta; que reglamentan los transportes públicos; que regulan el cambio internacional, etc. Este orden público económico, como es natural, no está constituido por normas permanentes. Como los hechos económicos se transforman con una rapidez extraordinaria, la legislación económica tiene que variar con un ritmo igual. La voluntad del legislador no puede oponerse a la contundencia de los hechos, y no solamente de los hechos nacionales sino también de las perturbaciones internacionales cuya influencia no es posible descartar.

Para mayor comprensión de este punto fundamental se transcriben a continuación algunos párrafos de la obra *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, del profesor Ripert:

“En el dominio de las relaciones económicas no hay, en el momento de promulgarse el código civil, otra organización que la que se forma libremente por las convenciones privadas. Si el código penal prohíbe las coaliciones (artículo 419), es para hacer respetar mejor la libertad. Cuando el legislador se decide a imponer una prohibición de contratar, por razones en apariencia económicas, por ejemplo la prohibición de la lesión en las ventas de inmuebles, de la usura en el préstamo, es más bien una regla moral la que inspira la prohibición que una preocupación de orden económico. Aun los juristas clásicos no comprenden bien la regla. Ellos la aceptan porque es impuesta por la experiencia, pero no olvidan señalar su carácter excepcional. Los cambios de riqueza o de servicios pueden ser contrarios a la moral; no se concibe cómo puedan ser contrarios al orden público, puesto que la ley ha dejado a los hombres la libertad de comerciar.

“Si se admite, por el contrario, que hay, impuesto por el Estado, un cierto orden económico que los particulares no tienen el derecho de derogar por sus convenciones, el artículo 6º tomará un sentido nuevo. El orden establecido por el Estado para la producción, el cambio, la distribución de las riquezas, será, claro

está, de naturaleza económica, pero será sin embargo un orden público; tendrá necesariamente el carácter de obligatorio y, por vía de consecuencia, serán nulas las convenciones que intenten afectarlo. No se trata ya de la primacía de lo político sobre lo económico; se trata de distinguir, en las relaciones económicas entre los hombres, aquellas que son queridas, impuestas por el Estado y las que pueden ser libremente establecidas por los particulares. Hay en adelante, al lado de la organización política del Estado, una organización económica tan obligatoria como quélla. Existe, por consiguiente, un orden público económico” (Nº 140).

3.—Ahora, descartado el criterio legal que consideraba de orden público únicamente aquellas normas a las cuales el legislador les daba esa calidad, se crea el problema de saber a quién le corresponde decidir cuando una disposición lo es o cuando un acto particular puede ser violatorio del orden público. Claro está que si la ley dice expresamente que es nulo el contrato que la viole, no existe dificultad alguna, y es tendencia del legislador la de multiplicar las disposiciones imperativas. Lo mismo sucede si se dice expresamente que la ley en su totalidad o en algunas de sus disposiciones es de orden público, como sucede con frecuencia. Pero como es imposible que el legislador pueda prever en forma absoluta qué normas van a revestir ese carácter a medida que los hechos económicos y sociales se transformen, le corresponde al juez en cada caso y de acuerdo con esos hechos decidir cuando las necesidades sociales exigen que se sobreponga el interés público a la voluntad individual; lo que es más necesario aún en el caso de encontrarse en presencia de un contrato acusado como violatorio del orden público, sin que exista ninguna disposición especial violada con él. Se corre sin duda alguna el peligro de la arbitrariedad del juez, pero esto es inevitable. (Morandiere: *El orden público en derecho privado interno. Estudios a la memoria de Henri Capitant*, página 389. Ripert, obra citada, Nº 142).

Sin duda alguna para que el juez pueda cumplir en forma justa esta delicada misión, como otras muchas que el derecho moderno le confiere, se necesita que esté dotado de amplios conocimientos de economía y de una visión general de la organización social y económica de la nación. Es éste un problema de hecho cuya resolución debe iniciarse en la Universidad y concluirse en el gabinete particular de cada juzgador. De mucha utilidad le serán los antecedentes que la tradición le presente y el ejemplo de lo ocurrido en otros países de similar organización. Pero si se tiene en cuenta el carácter voluble de este orden, ya observado,

se comprende mejor la dificultad que existe para la formación de un criterio regular en esta materia, puesto que no es posible establecer normas fijas y exclusivas que pretendan encerrarlo.

4.—En realidad de verdad, el orden público está compuesto por todas las disposiciones de carácter imperativo que existen en el ordenamiento jurídico de cada nación. Y si se tiene en cuenta que la norma es imperativa cuando se la considera por el legislador como de interés general, porque de lo contrario no se entendería la razón de su obligatoriedad, puede concluirse que en el fondo toda norma imperativa es una norma de derecho público. Únicamente las disposiciones potestativas, que están sometidas a la voluntad de los particulares, son las que no interesan al orden sustancial del Estado, es decir, son de derecho privado. Luego el orden público es, en definitiva, el derecho público de cada país.

Esta afirmación puede parecer errada a quienes se guían por un criterio rigurosamente civilista. Pero si se considera que una de las características esenciales del derecho moderno es la penetración del derecho público en el derecho privado, o sea, el hecho de que disposiciones de éste cada vez más numerosas van adquiriendo la categoría del derecho público, no se encuentra dificultad para admitir que lo son todas aquellas en las cuales el legislador impone una norma en forma imperativa y que por tanto están haciéndolo parte del orden fundamental del Estado.

Según Josserand, las instituciones que tienden a fijar las relaciones se dividen en dos grandes categorías, “según que estén orientadas hacia los intereses públicos, o bien hacia los intereses privados: en la primera eventualidad, hacen parte integrante del derecho público, el cual, decía Ulpiano, *ad statum rei romanae spectat*; en el segundo caso pertenecen al derecho privado, el cual, de acuerdo con el mismo juriscónsulto, *ad singulorum utilitatem pertine*. (*Curso de derecho civil*: Tomo 1º Nº 10).

De manera que el criterio para distinguir las dos grandes ramas del derecho es el del interés que persiguen las normas: si miran hacia el interés público, son derecho público, y si hacia el particular, son de derecho privado. Y no puede negarse que en toda disposición imperativa se está reconociendo que su cumplimiento interesa más a la colectividad que al particular que debe cumplirla, porque de lo contrario se la dejaría a su arbitrio.

Las leyes sobre intervención en la economía están regulando el funcionamiento del Estado y persiguen el interés general en contra del particular que por ellas se limita o se anula; lo mismo sucede con las leyes sociales que intervienen en la regulación del

contrato de trabajo, y que establecen las prestaciones sociales de los trabajadores. Cuando se exige como obligatoria una moneda determinada, o se declara una moratoria o se determina un valor de los arrendamientos, etc., se está imponiendo el interés público sobre el interés individual. El orden público económico es, por tanto, indiscutiblemente de derecho público.

Las normas sobre organización de la familia sobre derechos herenciales, sobre la profesión reglamentada, son de carácter político y así las consideraban los juristas de la época del Código de Napoleón; responden a un interés público y no al interés particular, lo que es más claro dentro de las concepciones del derecho moderno.

Su carácter de derecho público es, en consecuencia, perfectamente admisible.

Las normas que establecen solemnidades especiales para ciertos actos, son de derecho público, de la misma manera que las disposiciones procedimentales.

Y fué de las anteriores no restan sino las disposiciones de carácter constitucional, administrativo, fiscal y penal, cuya naturaleza de derecho público no es discutida.

Como se ve, la afirmación anterior tiene sobrado fundamento. Pero es necesario tener en cuenta que la noción de orden público no está compuesta únicamente por las disposiciones de derecho público contenidas en las leyes, sino de una manera más general por los principios esenciales consagrados en ellas y por el estado de cosas que de ellas se deduce y que están, por decirlo así, en la base del ordenamiento jurídico del Estado; ya que, como se ha repetido, es posible incurrir en violación del orden público sin violar ninguna disposición legal especial.

5.—Veamos ahora en qué forma se aplica a los actos jurídicos la noción de orden público. En *El orden público en derecho privado*, citado antes, es necesario distinguir, cuando se trata de la retroactividad de las leyes de orden público, el caso de las convenciones celebradas con violación de dicho orden y el de aquellas que habiendo nacido válidamente de acuerdo con la legislación vigente en ese momento, posteriormente vienen a quedar en contradicción con el orden público, por virtud de una ley posterior.

En el primer caso la noción se aplica con toda rigidez. Se trata de un conflicto entre la norma particular nacida de un contrato y la norma general expedida por el legislador. En la legislación civil, al lado de las fuentes positivas de derecho, existe como

fuente de norma jurídica particular la voluntad individual, la que es protegida por la ley siempre que no esté en contradicción con ella o con el orden público o las buenas costumbres. Pero cuando se celebra un contrato violándose con él el orden público, se presenta un conflicto entre la norma primaria fundamental y la regla secundaria particular, y es natural que ésta ceda siempre ante aquélla.

Pero para que una convención sea nula absolutamente es necesario que su causa o su objeto sea contrario al orden público (artículos 1519, 1523 y 1524 C. C.). De manera que si se da un caso en que un contrato sea contrario a una norma de orden público pero sin que su causa o su objeto sean ilícitos, aquella nulidad no tiene aplicación; así la venta que la mujer casada hacía antes de la ley 28 de 1932 sin autorización del marido, en contravención a una norma de orden público como son todas las que reglamentan las relaciones de familia. Pero, en cambio, si en un contrato celebrado entre cónyuges se dispensa a la mujer de la potestad marital, el acto es nulo absolutamente por ir contra el orden familiar. Lo que debe tenerse en cuenta es el motivo, es la calidad de la causa, entendida de acuerdo con la doctrina moderna y con el artículo 1524 de nuestro código civil, es decir, como el motivo que induce al acto o contrato.

No sucede lo mismo cuando se trata de aplicar una ley de orden público a contratos válidamente celebrados. En este caso no existe únicamente la contradicción entre el interés particular y el interés general, sino que, como es una norma esencial para el comercio jurídico la de la garantía de los contratos válidamente celebrados, existe también un interés general que se opone al representado por la norma de orden público. Toca entonces definir al legislador y en presencia de su silencio al juez, en qué casos es de mayor interés para la colectividad la aplicación de la ley nueva y en cuáles lo es la conservación del principio enunciado. La nulidad ya no es necesaria en todo caso, pero sí es posible darle efecto retroactivo a la ley y los tribunales franceses lo han admitido así en varias ocasiones, entre ellas, el caso de la ley que hizo obligatorio el curso del billete del Banco de Francia y el de la prohibición de aumentar o disminuir el tiempo de las vacaciones fijado por el uso, en los contratos de trabajo. Entre nosotros se aplicó también en el caso de las famosas leyes de deudas.

Como la mayor parte de las disposiciones sobre contratos son interpretativas, a las partes les corresponde decidir sobre su

aplicación, y si nada dicen se entienden incorporadas en el contrato. Por regla general las leyes nuevas no afectan para nada el acto ya celebrado; pero si se trata de una ley de orden público, como esta noción le pone un límite a las voluntades individuales, ya no hay que pensar en lo que han querido los contratantes, sino que, si el interés público lo exige, su contrato queda privado de eficacia para el futuro. (*Colin y Capitant*. Tomo I, N^o 45).

La noción de orden público se aplica en este caso, como se ve, en forma más limitada. Los ejemplos de leyes que no tienen aplicación para los contratos anteriores son numerosos. Así las leyes que reducen los intereses, las que fijan los precios de ciertos artículos, etc.

El profesor De la Morandiere explica esta cuestión en los términos siguientes:

“Pero el conflicto de que nos ocupamos ahora es diferente; trata de un acto jurídico ya celebrado y válidamente bajo el imperio de cierta ley. Una ley nueva aparece, de acuerdo con la cual ese contrato se encuentra en contradicción. El orden público podrá servir para afirmar todavía la superioridad de la ley sobre el acto jurídico. Pero no desempeñará necesariamente esa función en todos los casos en que la desempeñaría en el primer conflicto. Un elemento nuevo entra aquí en discusión: el interés de la estabilidad de un acto celebrado bajo la garantía de la ley antigua. No se trata ya de confrontar las necesidades sociales traducidas por la ley nueva únicamente con la eficacia de la voluntad de los particulares, sino de poner en balanza esas necesidades sociales con la voluntad individual, reforzada esta vez por la garantía que le da la ley antigua.

“El orden público puede hacer inclinar aquí ante él no solamente la voluntad individual sino el interés que la sociedad misma tiene en la estabilidad de los contratos.

“Se comprende entonces que los jueces puedan decir en ciertos casos que el contrato anterior será mantenido aunque, por ejemplo, una ley nueva haya venido a decir que no se puede estipular un interés superior a una cierta tasa. La necesidad social de la lucha contra la usura afirmada por la ley nueva, necesidad de orden público contra los contratos posteriores, pudo ser juzgada sin embargo en cierta época menos fuerte que la necesidad social de estabilidad de los contratos anteriores.

“Por el contrario, en otros casos, los motivos de interés social de la ley nueva serán más fuertes y los contratos anteriores cederán delante de esta ley.

“Para esta nueva aplicación de la idea de orden público, nosotros encontramos el mismo poder del juez, ya señalado. Sin duda el legislador decidirá a veces expresamente que su ley nueva se aplicará a los contratos anteriores, pero la mayor parte de las veces guardará silencio y es al juez a quien le corresponderá estimar si hay que hacer aplicación de la idea de interés social, de orden público, contra la estabilidad de los actos jurídicos” (páginas 400 y 401).

6.—La aplicación de este principio entre nosotros ya ha tenido lugar, como se observó, en el caso de las leyes de deudas. Y él tiene fundamento constitucional suficiente en el artículo 30 de la actual codificación, puesto que en él se consagra una norma que, como se dijo antes, encierra la noción de orden público en su más amplio significado; “cuando de la ampliación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social”.

El caso puede ser frecuente especialmente en épocas como la actual que ofrecen una verdadera revolución en la economía de las naciones. Los hechos económicos sufren naturalmente transformaciones continuas, y como el contrato es por el contrario un elemento estable y en ocasiones de larga duración, el conflicto entre la norma particular y la de interés público o social necesaria en presencia de aquéllos es muy posible.

La aplicación de la noción de orden público en el caso de la retroactividad de las leyes es menos rígida cuando se trata del orden público económico que del orden público político, porque es más frecuente que el interés público perseguido por el legislador en aquellos casos no haga necesaria la anulación de las convenciones anteriores, pues la aplicación rigurosa de la norma arruinaría el comercio.

Por otra parte, como se dejó observado, el principio consignado en el artículo 1741 de nuestro código, según el cual la nulidad debida a una causa u objeto ilícitos es absoluta, no tiene aplicación en todos los casos de violación del orden público, a pesar del texto terminante del artículo 1524.

Puede suceder que la nulidad no afecte sino a una parte del contrato o a una cláusula determinada, aplicándose una consecuencia semejante a la que consagra el artículo 1184 del Código Civil con relación a la cláusula de no enajenación impuesta en un legado, es decir, se tiene como no escrita, pero vale sin embar-

go el resto del contrato. El legislador puede decirlo así; pero en caso contrario le corresponderá al juez estudiar si es posible que subsista el contrato sin las cláusulas anuladas, basándose en la intención de las partes. En Francia son varias las leyes en las cuales se ha establecido esta nulidad parcial.

Otras veces, por el contrario, el legislador prohíbe totalmente el contrato poniendo su objeto fuera del comercio, como sucede con los monopolios y con la venta de drogas heroicas.

O puede suceder también que la prohibición sea temporal, como sucede con las medidas de orden transitorio semejantes a las que hemos tenido sobre venta de llantas. O que se limite a un aspecto del contrato, como al precio del artículo, ya sea fijándolo en forma absoluta o estableciendo un máximo o un mínimo al respecto.

Y en ocasiones se impone la obligación de vender a determinadas personas, como ha sucedido en materia de hierro, llantas, etc., en que los comerciantes que tengan existencias no pueden negarse a venderles a las personas que presenten un permiso oficial.

Y puede suceder, por último, que en la ley se fije un término para el ejercicio de la acción de nulidad, o que se limite dicha acción en favor de una de las partes, ya que en ocasiones el legislador trata de establecer una orden especial que es útil únicamente a una categoría de contratantes, por ejemplo, a los arrendatarios, a los trabajadores, a los asegurados, a los pasajeros o dueños de mercancías transportadas, etc. Y entre nosotros es todavía más posible, por cuanto el artículo constitucional transcrito habla de interés público o social, es decir, de interés general para la colectividad o para una parte de ella o una clase determinada.

No quieren decir sin embargo estas restricciones al principio general, consagrado por los artículos 1524 y 1741, que la nulidad en estos casos no sea absoluta, porque es motivada por objeto o causa ilícitos, de modo que queda fuera del arbitrio de las partes y no se sana por la prescripción de diez años; se trata de una nulidad absoluta pero limitada de acuerdo con los mandatos del legislador.

7.—De lo expuesto se comprende hasta qué punto ha generalizado y ampliado el derecho moderno la noción de orden público y cómo ha llegado a ser un factor trascendental en la obra de limitar la autonomía de la voluntad, por intermedio de la teoría de la causa. Pero a pesar de la importancia y multiplicidad de esta función, no deben confundirse las dos nociones. La noción de

orden público es de una aplicación general en todo el derecho y de ahí la razón de la existencia del artículo 16 del código; identificarla con la teoría de la causa equivale a limitarle su campo de acción y a hacer inútil el texto de este artículo. De ahí que la encontremos en muchas leyes que no miran a los actos jurídicos, como por ejemplo las que establecen limitaciones y condiciones de extinción nuevas a los derechos reales, para el efecto de darles una aplicación general aún sobre aquéllos que con anterioridad han ingresado definitivamente en el patrimonio de las personas. Como dice expresamente el artículo 26 de la Constitución, tantas veces citado, el interés público, que está representado en el orden público, prefiere al interés particular radicado en toda clase de derechos, no solamente en los que tengan como fundamento un acto contractual.