

EL ASPECTO ECONOMICO DEL ORDEN PUBLICO

por FERNANDO CHARRY LARA

INTRODUCCION

1.—Para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad es necesario —entre las condiciones relativas a la capacidad, al consentimiento, al objeto y a la causa que enumera el artículo 1.502 del Código Civil Colombiano— que recaiga sobre un objeto lícito. El objeto consiste en una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer.

A pesar de los varios requisitos de que hablan los códigos, Henri Capitant ha dicho que en relación con el objeto todas las exigencias pueden reunirse en dos: que no sea contrario al orden público ni tampoco a las buenas costumbres. Estos dos requisitos, que en el fondo vienen a ser uno solo, limitan la regla general sobre libertad del objeto.

El Código no define lo que es el orden público y la jurisprudencia no ha podido llegar a una noción exacta. En la práctica casi no se presentan dificultades en saber si una ley interesa o no al orden público; pero desde el punto de vista teórico, el problema ha sido muy diferente.

Hay que principiar por hacer una diferencia básica entre la noción de orden público en materia de policía o derecho administrativo y la noción de orden público en derecho privado. En derecho administrativo ella sirve para explicar el papel y el alcance de los sistemas de policía. En él la noción de orden público y la de policía administrativa se confunden: la policía es el medio de conservar el orden público.

El artículo 12 de la Constitución Nacional, en su numeral 7º, dice que, “*como suprema autoridad administrativa*”, corresponde al Presidente de la República “*conservar en todo el territorio*

el orden público y restablecerlo donde fuere turbado”. Este es el orden público material, exterior, relativo a la tranquilidad y a la salubridad públicas. El orden público en el derecho privado es el conflicto entre una fuente general de derecho —la ley en el sentido amplio— y una fuente especial —la convención particular—, entre las reglas que gobiernan los grupos humanos y los acuerdos privados de los hombres.

Para la escuela individualista, las excepciones a la autonomía de la voluntad debían ser limitadas rigurosamente; la noción del orden público era, pues, esencialmente legal: es decir, para que un acto fuera contrario al orden público se necesitaba que violara una disposición legal señalada por el legislador como de orden público. Se restringe así a un reducido número de casos la aplicación de la noción, se supone en el legislador una fantástica capacidad previsoras y se considera el orden público, variable por excelencia, como algo estático.

Con los años se ha ido extendiendo la noción del orden público. El Estado tiene hoy no solamente fines políticos, sino también económicos. Por eso, en primer término, se reaccionó contra el concepto legal de esta noción y se hizo presente que el código no dice que es prohibido derogar las leyes de orden público, sino “*las leyes que interesan al orden público*”. Lo importante es que el cumplimiento de la ley interese al orden público, y no que ella sea de orden público, por mandato del legislador. Aún más, el acto puede no ser violatorio de un texto legal, pero es contrario al orden público si perjudica al orden general de la legislación.

Con el sistema de la economía dirigida, la noción de orden público posee hoy también un significado económico. En el Estado moderno, la organización económica tiene tanta importancia como la organización política, y esto hace considerar como nulas las convenciones que contradicen los fundamentos económicos de la sociedad. De ahí ha surgido la expresión *orden público económico*.

Las páginas siguientes corresponden al deseo de mostrar el aspecto económico del orden público. La noción del orden público es, según la opinión general, vaga en exceso. Mas si se la estudia en relación con la vida social, puede llegar a parecerse clara y concreta.

He seguido, en gran parte, varias de las explicaciones de Georges Ripert sobre estos temas. También me han sido útiles algunas de los juristas Julliot de la Morandiere, Bonnecase,

Capitant, Josserand, Lienhard, De la Gresaye y las de unos pocos economistas que tratan, marginalmente, este punto. Sobre las opiniones que se expresarán no puedo, en consecuencia, reclamar originalidad alguna.

EL CRITERIO DE LO ILICITO

2.—En la tarea de buscar cuáles son las convenciones particulares que se encuentran tachadas de nulidad debido a su carácter ilícito, algunos autores modernos, a cuya cabeza figura el notable jurista francés Georges Ripert, se han preguntado si existe una fórmula general de lo ilícito que pudiera aplicarse, pura y simplemente, en los diversos casos controvertidos.

Hay en el Código Civil Colombiano un artículo, el 16, que podría dar la solución de este problema si, por otra parte, no suscitara al mismo tiempo tantas dificultades: “*No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres*”. En el Código Civil Francés existe un artículo idéntico, el 6º: “*No pueden derogarse por convenios particulares las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres*”. Una fórmula general resulta de este mandato: la de que las convenciones contrarias al orden público y a las buenas costumbres son nulas. Esta regla podría ser aplicada para el efecto que señalamos, si llegara a precisarse mejor la noción, tan vaga en los libros, del orden público.

Tratando, pues, de descubrir la fórmula general de lo ilícito, los autores de derecho han dado soluciones muy diversas y han llegado aún a proponer fórmulas diferentes.

3.—Primeramente, se ha hecho la clásica distinción entre leyes imperativas y leyes facultativas. Las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, son las leyes imperativas, las leyes que no pueden derogarse. Las otras, las que sí pueden serlo por la convención particular, son las leyes facultativas. También se las llama interpretativas, ya que el legislador ha querido, simplemente, interpretar la probable voluntad de las partes, o supletivas, pues se ha deseado también suplir la voluntad expresa de ellas.

Si se pregunta por qué razón unas leyes son imperativas y otras facultativas, se dan, tradicionalmente, razones varias. Se dice así que cuando una ley se propone interpretar la voluntad probable de las partes es posible descartar esta presunción legal de la voluntad supuesta, para sustituirla por la voluntad real y

expresa. Ya que el legislador no se ha propuesto sino suponer la convención allí donde no ha sido expresamente celebrada, pueden las partes indicar cuál es, por encima de la del legislador, su precisa voluntad. En tanto que si la ley es imperativa, ella excluye por entero la voluntad humana.

De acuerdo con quienes aceptan la teoría de la autonomía de la voluntad, la ley no tiene más papel que el de interpretar la probable voluntad de los contratantes. Luego la ley interpretativa debe ser la regla y la ley imperativa la excepción. Y si atendemos a la teoría objetivista, toda ley, en principio, es imperativa. Pues para que se la considere facultativa, se necesita que el legislador haya permitido derogarla, como cuando expresa *salvo convención contraria*, o cuando sólo protege intereses privados, en muchos casos renunciables.

Varias objeciones se han propuesto a esta división. En primer lugar, es imposible concebir entre las leyes civiles una diferencia de naturaleza que llegue a asumir la importancia de una diferencia jerárquica, de manera que sean unas leyes superiores a otras, que unas tengan carácter imperativo y otras no. El derecho constitucional, si aceptamos esa distinción, tendría que señalarla en forma clara. El carácter esencial de la ley es el de ser imperativa. Ninguna otra norma, ni la religiosa, ni la moral, tiene esa especial condición de la norma jurídica. Decir que una ley es facultativa es lo mismo que afirmar que es una ley sin sanción. Lo que nos lleva a medir el alcance de esta expresión, que nos conduciría, desprevenidos, a aceptar un contrasentido. Duguit ha dicho que este orden de la ley sólo se aplica al juez, a quien el legislador manda que aplique una norma en caso de que las partes no hayan convenido sobre el particular. Ciertamente, no puede existir ley facultativa, pues en el caso de que los contratantes nada hayan pactado, esa ley es, de una manera absoluta, obligatoria.

Se dice también que por medio del contrato puede derogarse la ley, y que son facultativas las leyes que en tal virtud quedan descartadas. Los autores se apoyan en la redacción de los artículos 16 y 6º de los códigos civiles de Colombia y de Francia, respectivamente. Pero un sencillo argumento filosófico aleja esta idea. Una regla individual, especial y temporal, como es el contrato, no puede derogar la ley, norma abstracta, general y permanente. Sucede que en ciertos casos la regla individual sustituye a la ley. Mas no se hable de que la deroga. Vareilles Sommieres, al atacar la doctrina clásica, afirma que no hay leyes que no sean

de orden público, pues si no lo fueran, no serían leyes. Todas las reglas legales, en concepto de ese autor, son de orden público.

4.—Otros autores quieren encontrar en el objeto del contrato el criterio de lo ilícito. En primer término, el caso del numeral 1º del artículo 1.521 del C. C. C.: “*Hay un objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el Comercio*”. La noción del orden público vendría a reducirse así al pequeño número de cosas que están fuera del comercio. En segundo lugar, la existencia de muchas leyes hechas en interés exclusivo de quienes poseen ciertos derechos, supone la libertad amplia de hacer de ellos el objeto de un contrato. La tesis de M. Marmion en su *Etude sur les lois d'ordre public en Droit Civil Interne* figura en un tercer lugar. Según ella, los derechos de los cuales puede disponer el hombre son aquellos que están en su patrimonio. El objeto de la convención se distingue según sea patrimonial o extrapatrimonial. Para este autor, cuando el objeto es extrapatrimonial, el contrato; en principio, es nulo, ya que nadie puede disponer de lo que no está en su patrimonio.

Se han formulado críticas muy justas a estas teorías, que se sintetizan en la forma siguiente: 1º, la jurisprudencia no sólo examina el objeto sino los motivos, la causa de las convenciones; 2º, hay objetos extrapatrimoniales que pueden sin embargo ser objeto de un contrato, como cuando el padre confía la guarda de un hijo a una persona; 3º, existen bienes que figuran en el patrimonio y a pesar de ello no pueden enajenarse, como una pensión alimenticia, que no puede renunciarse, ni venderse o cederse de modo alguno (a. 424 C. C. C.), y 4º, el Código Civil Colombiano dice que hay, además, objeto ilícito “*en todo contrato prohibido por las leyes*” (a. 1.523 C. C. C.)

5.—Se ha hecho otra distinción. Conocido el objeto de una convención, se averigua si es o no contrario al orden público. En el caso de que lo sea, es nula. El código expresa la prohibición de derogar “*las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres*”. Mas en parte alguna definió el orden público. La dificultad de llevar adelante este criterio, que se expresa de manera tan fácil, surge, como se advierte, desde el momento mismo de su enunciación. Estamos en presencia de la teoría del orden público.

Tres sentidos diversos tiene la expresión orden público: 1º, la seguridad de las personas y de las cosas en la sociedad, como cuando se habla de que *está turbado*; 2º, la designación de un conjunto de instituciones sociales cuya existencia es necesaria

para la vida de una sociedad, tanto, que si se atenta contra sus reglas se pone esa sociedad en estado de peligro, y 3º, una cierta concepción del derecho de la sociedad y de las relaciones sociales, contra la cual no se puede atentar, so pena de comprometer los principios fundamentales, ya de la moral o, más concretamente, de la concepción que se tiene de la sociedad. Este tercer sentido se aprecia con claridad en los casos de conflictos de leyes en el derecho internacional, cuando se trata de saber si es el caso de aplicar una ley extranjera.

Las diversas definiciones sobre el orden público coinciden con la segunda acepción que aquí se ha dado. En este sentido se dice que una convención *es contraria al orden público*. Adelante trataremos de conocer algunas de esas reglas ineludibles para el hombre.

Es muy común la asimilación que se hace de la idea del orden público con la del derecho público. En las discusiones preliminares del código francés fue ésta la tesis de Portalis. Por otra parte, la distinción entre las normas de derecho público y las de derecho privado es muy antigua: en el *Digesto* se leía: *Privatorum conventio juri publico non derogat*.

El derecho público es el conjunto de normas sobre el Estado y sobre su organización, y es necesario extender la noción de derecho público en presencia de la enorme cantidad de leyes que interesan hoy al Estado. Muchas de las relaciones que en apariencia sólo son entre particulares, en realidad son de los particulares con el Estado. Por eso Demolombe juzga imperativas las leyes de derecho privado que protegen la persona humana, por considerar esa protección como de derecho público. Este autor no define el orden público, sino que se limita a enumerar varias reglas que tienen ese carácter. Aubry y Rau se contentan también con enumerar disposiciones. Planiol lo hace igualmente. En el tratado de Colin y Capitant no se dice cómo ha de encontrarse la diferencia entre las leyes de orden público y las que no lo son.

En su *Introducción al Derecho Civil* dice Capitant que lo que corresponde al orden público son, en primer lugar, las leyes relacionadas con la protección de la persona humana. Luego las que mantienen el orden necesario en la vida social, cuyo cambio provoca la alteración de la armonía social. Dice Capitant: “*Se puede definir el orden público como el orden en el Estado, es decir, el ordenamiento de las instituciones, la organización de las reglas que son indispensables en el ejercicio y funcionamiento del Estado. La expresión orden público indica, en efecto, la idea*

de una disposición lógica, de una subordinación que da al conjunto su unidad y su vida".

6.—En la búsqueda de la fórmula de lo ilícito encontramos una nueva teoría. La de la distinción de las convenciones permitidas o prohibidas, teniendo en cuenta el objeto de la ley y el objeto de la convención. Esta teoría, muy aceptada en la actualidad, confronta la convención y la ley. Se averigua aquí cuál es el objeto de la ley a la cual deroga la convención. Si sólo tiene en cuenta intereses privados, la convención es válida; si se propone mantener un cierto orden en la sociedad, es ilícita, ya que se trataría entonces de sustituir una regla institucional obligatoria por una convencional. Tal es la distinción de Hauriou entre la ley y el contrato. La institución es la regla fundamental en la sociedad; se relaciona con el derecho público, pues si desaparece la regla es imposible comprender la sociedad. El contrato apenas toca con los intereses privados.

Esta concepción es, en realidad, muy simple. Se limita a definir las leyes de orden público, en un lenguaje impreciso, como *"las leyes que interesan a la sociedad"*. Y toda ley se hace en interés de la sociedad, en toda ley está de por medio un interés público. Además, los autores indican que la distinción entre el derecho público y el derecho privado es puramente técnica y sólo se ha formulado por comodidad. Las leyes penales, por ejemplo, son de derecho público pero protegen intereses privados. Muchas leyes civiles se relacionan con la organización de la sociedad. Así como muchas reglas de derecho público, por ejemplo las de la competencia, pueden ser derogadas por la convención privada, ciertas leyes de derecho privado tienen carácter imperativo, como las de las incapacidades, o las que prohíben los pactos sobre sucesión futura, etc. Fuera de que al distinguir las leyes de interés público de las de interés privado no se señalan las causas que pueden dar carácter ilícito a una convención, pues la ley no lo ha previsto todo ni lo defiende todo. Lo que importa saber es si las partes han perseguido o no un objeto ilícito.

7.—Consideremos ahora brevemente otra teoría, según la cual el contrato no es válido sino cuando se conforma con el objeto social y con la idea de la solidaridad. Es ésta la idea de un orden social obligatorio. Duguit ha dicho que el contrato no es un derecho subjetivo del hombre sino la aplicación, mediante una declaración de voluntad, de una regla de derecho cuya actuación está subordinada a esta declaración de voluntad. Este conocido jurista ha repetido, en todos sus libros, la afirmación de que

el acuerdo privado no puede destruir la ley de la solidaridad social. De lo que se desprende que el contrato no vale sino cuando la voluntad del hombre concuerda con el objeto social de la ley. (Esta idea de Duguit es considerada por algunos como una resurrección del derecho canónico: “*el contrato no vale por sí mismo; no vale sino en la medida y en tanto que realice la justicia*”. Demogue, siguiendo estas reflexiones, dice que “*el acto jurídico —el contrato— es aquel en el cual la voluntad individual coincide con el objeto social, que debe ser perseguido por las partes*”. En los últimos años el código soviético expresa en su artículo primero que “*los derechos no son reconocidos sino en tanto que no son contrarios al orden social*”.

Es difícil hallar críticas desinteresadas a estas teorías que hemos agrupado en una sola: la convención sólo es válida cuando está de acuerdo con el objeto social. Hay quién objeta que no está definido, en uno u otro país, el orden social. Mas en la carta fundamental de toda nación está implícitamente expresado. En las democracias el juez, con la ayuda maravillosa y segura de la opinión pública, determina diariamente, ante los hechos, el objeto social, el orden público, las buenas costumbres.

8.—Aquí podríamos finalizar esta sucinta exposición acerca de las ideas expresadas por los juristas, a lo largo de un siglo, en la búsqueda de una fórmula general de lo ilícito. Nos satisface particularmente la última de estas tesis, mas, a pesar de su sugestión, encontramos en ella todavía una falla, una pequeña falla fácil de subsanar, debido a que quisiéramos una noción más precisa para resolver el problema de lo ilícito.

Se nos ocurre entonces que, lejos de negar la idea de la validez del contrato cuando éste se conforma con el objeto social, la teoría del eminente profesor francés Georges Ripert puede aclararnos, con toda la profundidad y la reveladora luz que se precisa, el problema que nos ocupa. Ella está explicada en el *Curso de Derecho Civil Profundizado* que dictó hace unos años en la Facultad de Derecho de París.

Dice Ripert que además de las reglas jurídicas existen reglas económicas, religiosas, morales, etc. Las normas obligatorias son las jurídicas, y es el derecho el conjunto de las reglas obligatorias. Las dos fuentes de las reglas jurídicas son la ley y el contrato. Entre las reglas jurídicas existen diferencias en cuanto a la extensión y a la naturaleza de las obligaciones. La ley es general, impersonal y permanente. La obligación que nace del contrato es individual, especial y temporal. Ripert desecha la

cuestión, que otros juristas plantean, de si el contrato es o no inferior a la ley. Manifiesta simplemente —el autor precisa hasta el exceso esta idea— que entre la ley y el contrato median diferencias relativas a la extensión y a la naturaleza de las obligaciones a que dan origen.

La sociedad, en esta concepción de Ripert, está regida por una doble ordenación jurídica: la legal y la contractual. Se presenta aquí una de las afirmaciones más interesantes de este profesor. El contrato, dice, es un grupo, pero además de él existen otros grupos que tienen igualmente sus leyes. El contrato constituye, realiza un grupo de individuos (acreedor y deudor) durante un cierto tiempo. Pero no es el único grupo. Hay otros —naturales, artificiales o voluntarios— que imponen sus normas a los individuos. La existencia de intereses comunes en todo grupo hace necesarias las reglas que presidan su formación y su mantenimiento. A ellas no puede escapar el hombre. Maunier, en un estudio sobre los grupos sociales, dice que actualmente existen en la sociedad legal grupos de parentesco (*jus sanguinis*), grupos de localidad (*jus soli*) y grupos de actividad (en razón de lo que hacen los hombres: confederaciones de trabajadores, órdenes religiosas, etc.). Mas desde el punto de vista jurídico esa división sociológica no es suficiente, porque estos grupos no pueden imponer sus leyes. No poseen, además, un órgano propio que las dicte.

Ripert encuentra un cierto número de reglas precisas entre las normas de los grupos: 1º, todo hombre pertenece a una familia; 2º, todo hombre hace parte de un Estado; 3º, todo hombre pertenece a una asociación o corporación, en un sentido más amplio (reglas de la profesión); 4º, el hombre hace parte de una comunidad moral (comunidad de sentimientos con los otros hombres), y 5º, el hombre hace parte de un grupo económico, para la defensa de sus bienes y utilización de sus servicios, y tiene que respetar las leyes de la sociedad económica. A estas reglas someten al hombre, y el contrato voluntario le crea aquellas a las cuales se somete.

Se presentan conflictos entre el contrato y las reglas de los diversos grupos. La cuestión de la libertad contractual es el tipo de estos conflictos: ¿es libre el hombre de celebrar ciertos contratos? Es libre, en tanto que el contrato no lo aparte del otro grupo al cual pertenece necesariamente. Por rareza los grupos son voluntarios (por ejemplo el sindicato), casi siempre son obligatorios. El problema, para Ripert, consiste en saber si la ley

individual, buscada por los hombres, coincide con la ley del grupo. Si no armoniza con ella, el contrato es nulo. Es decir, debe descubrirse si las obligaciones que crea el hombre concuerdan con las obligaciones de los grupos a que pertenece.

Con esto se quiere afirmar que los hombres no pueden derogar un cierto orden, que es el orden de la sociedad, el orden público. Ripert anota las siguientes ventajas a su concepción: 1º, no obliga a tomar partido respecto a la superioridad o inferioridad del contrato ante la ley (el código, por otra parte, dice que la convención es ley entre las partes), y 2º, al hablar de leyes de grupos sociales y no de leyes de orden público, se da más extensión a la teoría, pues muchos creen que el orden público casi no comprende sino las leyes de la sociedad política, existiendo otras sociedades de tanta importancia como, por ejemplo, la económica.

LAS LEYES DEL GRUPO ECONOMICO

La ley de cada grupo es muy vaga, según la afirmación de Ripert. Existe sin embargo en todo Estado, a nuestro parecer, una orientación jurídica que ayuda a precisarla. El problema del orden público queda reducido así a indagar si la convención coincide o no con la ley del grupo. En seguida podemos estudiar algunas de las convenciones que parecen contrarias a la ley del grupo. Hemos de limitarnos nosotros al grupo económico.

Consideremos, primeramente, las normas sobre la moneda y las cláusulas tendientes a contrarrestar la depreciación monetaria. En los Estados modernos, el valor de la moneda lo fija la ley. En ocasiones el Estado, en detrimento de las convenciones privadas, lanza emisiones de papel moneda que provocan una baja en el valor de la moneda. Esto se traduce en el terreno jurídico en una casi completa liberación del deudor. Dejando aparte la discusión acerca de que el Estado abuse o no de sus poderes en tal caso, hay que aceptar que él tiene el más absoluto derecho de imponer variaciones a la moneda.

Sucede entonces que se presenta una imposibilidad de determinar los precios futuros en los contratos de larga duración. Los particulares, al celebrar contratos, quieren ponerse a salvo introduciendo cláusulas, tales como las del pago en moneda metálica, que la jurisprudencia rechaza porque, en muchos casos, esta especie de moneda desaparece. O la del pago en valor oro, sustituyendo la moneda del Estado por una creada por las partes, rechazada también por la jurisprudencia. O la del pago en moneda

extranjera, negada igualmente. La cláusula de variar los precios según ciertos índices suministrados, por ejemplo, por el gobierno, no introduce en realidad un elemento nuevo, pues el precio varía siguiendo algo de antemano fijado por las partes. La del pago en mercancías, frecuentemente usada, no parece atentar tampoco contra las facultades del Estado.

La jurisprudencia, casi universal, ha llegado a las siguientes conclusiones: 1º, es imposible estipular el rechazo de la depreciación monetaria; 2º, para saber si esto ocurre, se considera si la obligación del deudor depende únicamente de las variaciones del curso del cambio, caso en el cual la cláusula es nula, por ser contraria a las reglas sobre el curso legal y el curso forzoso. Gaston Jéze afirma que el Estado, al ordenar las emisiones, se procura el dinero necesario para el servicio público; sustraerse entonces a la baja de la moneda sería ir contra la acción del Estado. Ripert encuentra la verdadera explicación en que hay un objeto ilícito en la convención que tiene por fin destruir la identidad legal entre la moneda metálica y la moneda fiduciaria. De acuerdo con el poder de emisión del Estado, la ley monetaria tiene carácter de orden público.

10.—Estudiemos ahora algunas reglas obligatorias que resultan de las relaciones económicas. Ellas presiden la producción, cambio, consumo y circulación de las riquezas. El grupo económico no tiene un órgano que dicte la regla ni un jefe que asegure su respeto, y por eso aparecen sometidas al poder político. En Europa se escribieron, en los años anteriores a la última guerra, muchas obras que defendían la existencia de una representación económica y, en consecuencia, una traducción de esa representación, bajo la forma de preceptos obligatorios. Sería una especie de derecho corporativo, al lado del derecho político, elaborado por las asociaciones, los sindicatos, las confederaciones sindicales, etc., y respetado no solamente por los adherentes sino por los terceros.

Existen, en la sociedad contemporánea, algunos principios económicos fundamentales: 1º, la libertad de trabajo: cada hombre puede emplearse al servicio de otro o emplear los servicios de otro; 2º, el libre comercio de productos y servicios; 3º, la propiedad individual: derecho de usar y transmitir los bienes, y 4º, la responsabilidad civil: regulación de la actividad humana con el fin de impedir los perjuicios o hacerlos reparar. Es claro que los principios de la libertad de trabajo, de la libertad de comercio y de la propiedad individual están sujetos a innumera-

bles limitaciones impuestas por las nuevas necesidades y las complejas circunstancias de la vida económica y social.

Puede imaginarse también otro tipo de sociedad diferente, donde no exista la propiedad individual y en consecuencia no sea necesario el comercio. Esta sociedad estará regida por otras normas esenciales, muy distintas a las de nuestro medio. Esto nos pone de presente la relatividad de la noción del orden público. Es el orden público la concepción que los hombres se hacen de las relaciones obligatorias que deben existir entre ellos. Si los principios económicos nos los hace respetar el poder político, es porque corresponden al orden público. Las convenciones que atentan contra los principios esenciales en la marcha de una sociedad económica, son contrarias al orden público.

Estas reglas económicas frecuentemente no se expresan en textos precisos, sino siguiendo un ideal, una fórmula general a veces vaga. Una observación que debe tenerse muy en cuenta es la de que no se dictan con el solo provecho del interés económico (producción, circulación, consumo de la riqueza), sino que a ellas se mezclan consideraciones políticas y aun morales. Al hablar de lo que en el campo económico es el orden público, no puede hacerse la abstracción de la forma política del Estado ni de la moral social.

11.—El primero de dichos principios económicos es el de la libertad de trabajo. El contrato de trabajo, que figura en el Código Civil como arrendamiento de servicios sometido a la libre determinación de las partes, tiene hoy carácter estatutario. Este contrato, que ha salido al campo político, es una sumisión a una cierta clase de estatuto legal, el estatuto del trabajador. Se explica esta regulación porque el trabajo humano ha dejado de ser un objeto de libre acuerdo. Las legislaciones modernas, con un verdadero sentido de la justicia, quieren impedir la explotación de unos hombres por otros hombres y dictan un estatuto obligatorio a la sociedad económica formada por el patrón y el obrero. En algunos países la reglamentación llega a tal punto que se redacta un contrato de trabajo tipo. Así, pasa del campo contractual al estatutario. En Francia, el Código de Trabajo Marítimo expresa que sus disposiciones son de orden público. La manifestación de la voluntad, necesaria en todo contrato, consiste sólo en entrar en el estatuto legal.

La regulación del contrato de trabajo contiene una serie de prohibiciones. Entre otras, la de que no puede ser celebrado sino por un tiempo determinado (artículo 8º de la ley 6ª de 1945), pues

si durara toda la vida, habría una sumisión de un hombre a otro hombre, que el régimen democrático rechaza.

12.—Después de haber suprimido las asociaciones y corporaciones que le eran opuestas, la libertad de comercio e industria fue establecida en Francia el año de 1791. Al influjo del liberalismo económico, todos los países la fueron consagrando.

A pesar de ello, son frecuentes las convenciones que tienden a limitarla, oponiéndose al libre comercio. Por ejemplo, la cláusula, muy común en la cesión de negocios comerciales, que prohíbe a una persona ejercer el comercio. Es nula, a juicio de los autores, si conduce a la prohibición absoluta para un individuo de ejercer toda especie de comercio o industria, pues implica la supresión de la libertad de trabajo; es válida si solamente hace una limitación en cuanto al objeto (comercio o industria), al tiempo (de breve duración, pues de lo contrario atentaría contra la libertad individual) o al lugar (que no implique la imposibilidad de ejercer en otra parte). Debe primar, en el estudio de estas cláusulas, un concepto de utilidad económica. Sería absurdo condenar a alguien a la inactividad y a la inutilidad.

Otra manera como se atenta contra la libertad de comercio e industria es por medio de las uniones de productores, las coaliciones, los trusts, etc. Son frecuentes los acuerdos entre industriales y comerciantes para no vender, o para vender sólo en ciertas condiciones, o solamente en un lugar o a un determinado precio. En los Estados Unidos han sido dictadas varias leyes anti-trust y en Francia el Código Penal condena ciertas coaliciones *ilícitas*. La idea de lo *ilícito* la proporciona un criterio preferentemente económico. Se considera si se quebranta o no las leyes de la economía, las de la libre concurrencia, la libre circulación, el libre juego. Pero subsiste la dificultad enorme de distinguir, en la vida comercial, la especulación ilícita de la lícita.

Cuando se quiere impedir la libertad de comprar y vender una cosa o un servicio, el legislador pone a éste o a aquélla fuera del comercio. Ripert explica esta situación diciendo que la cosa, por ejemplo, es susceptible de propiedad privada, pero que en un contrato constituye objeto ilícito.

Forman parte también de la libertad comercial las normas que tienden a la protección del consentimiento de las partes.

Hay contratos en los cuales la libertad está turbada porque ellos se realizan, de una manera muy marcada, en perjuicio de uno de los contratantes y en provecho exclusivo del otro. Esto plantea, con respecto a la anulación por lesión, un problema de

orden moral. Desde el punto de vista económico, la lesión es contraria a la libertad del contrato. La regla que impone una cierta igualdad en las prestaciones es, obligatoriamente, de orden público.

El liberalismo del siglo XIX era muy poco favorable a la intervención en el contrato. “*Quien dice contractual, dice justo*”, afirmaba Fovillé. Filosóficamente, el contrato, al cual el Código da el valor de la ley, es, como fuente de obligaciones, superior a ella, puesto que es aceptado y no impuesto. Por el aspecto económico, pensaban que realizaba la mejor repartición de los servicios y de los bienes.

Pero tanto la teoría de la autonomía de la voluntad como la del liberalismo económico han sido abandonadas, pues se ha visto que la obligación contractual no puede ser considerada como voluntariamente aceptada sino “*cuando la voluntad de poder del deudor es rigurosamente igual a la del acreedor*”.

Lo que importa es la intervención del legislador para impedir que, por el juego del contrato, uno de los contratantes se encuentre lesionado porque es más débil, aunque haya aceptado. La manera más simple de reconocer esta debilidad es sobre el resultado obtenido, y se tiene así la lesión como causa de nulidad del contrato.

Los canonistas de la Edad Media condenaron todo enriquecimiento de una de las partes a expensas de la otra, y consideraron no sólo la lesión sino también aquella desigualdad que resulta de los cambios posteriores en las circunstancias. Esto es muy frecuente en las épocas en que se producen variaciones bruscas en la situación económica. Los canonistas creyeron entendida en el contrato la cláusula *rebus sic stantibus*, teoría que fue adoptada por los bartolistas, por la doctrina alemana e italiana de los siglos XVII y XVIII y limitada, por Grotius y Puffendorf, al campo del derecho internacional. La teoría fue decayendo hasta sucumbir, en el siglo XIX, con el triunfo de la doctrina de la autonomía de la voluntad. Hemos hecho referencia aquí a la imprevisión, pues en la primera guerra europea fueron inútiles todas las precauciones de las partes y se formuló entonces la idea de que los contratos son susceptibles de revisión por causa de imprevisión. Pero la jurisprudencia civil se ha negado a aceptar esta tesis.

Se ha ideado, también, una distinción en materia de contratos: en la mayoría de ellos se supone que los contratantes se defienden por sí mismos y están colocados en un mismo pie de

igualdad; en otros, por el contrario, una de las partes impone su voluntad, su ley. Estos últimos han sido llamados *contratos de adhesión*. Saleilles es el autor de esta concepción. Muchos juristas han visto aquí el medio de reprimir los excesos de la libertad contractual y defender la libertad del consentimiento. No se había previsto, dicen, que el contrato pudiera conducir a tales abusos por la excesiva desproporción de las fuerzas enfrentadas. Además, el contrato de adhesión tiene, por su constante repetición, carácter de regularidad; las cláusulas son las mismas para todos y hasta figuran impresas. A una de las partes no corresponde sino adherir totalmente a él. Por eso se ha hecho necesaria, por ejemplo en los transportes, la aprobación administrativa, por anticipado, de las cláusulas. En esos contratos la opinión denuncia el abuso del poder económico, la sumisión a la ley del más fuerte. Se entiende así plenamente justificada la intervención del Estado en tal clase de contratos, entre otros, los de transporte y seguros.

Los contratos estatutarios, como entre nosotros el contrato de trabajo, sobre el cual se ha hablado antes, escapan también a la libertad de las partes y caen por eso bajo la aplicación de las reglas que se consideran como de orden público.

Se prohíben también ciertos contratos por carecer de un objeto económico real. Ellos son evidentemente nocivos. Así, el juego, fuera de ser inmoral, es nulo en su aspecto económico.

Incontables disposiciones prohíben el fraude en los contratos, y en particular en la venta de mercancías, víveres, licores, etc., con el objeto de poner a salvo la salubridad pública y la honestidad comercial. En esa forma se prohíbe tal o cual fraude. Mas si se trata de dictar una regla general que dé al juez el criterio para descubrir la convención opuesta al juego económico y que, en consecuencia, atenta contra el orden público, es difícil tarea, porque estando basada nuestra sociedad en la libertad de los cambios, sería preciso tener una fórmula económica de la libertad, susceptible de ser traducida en fórmula jurídica y que no se prestara a la arbitrariedad.

13.—Pasando a la propiedad privada libre y transmisible, nos preguntamos si pueden las partes modificar sus esenciales características. Ella es la base de la organización económica burguesa; si pudiera variarse, estaríamos en otro tipo de sociedad económica. Por lo tanto, en lo que se relaciona con el estatuto obligatorio de los bienes y en cuanto conciernen a la protec-

ción de los terceros, que se fían en la ley, estas normas son de orden público.

Las partes pueden llegar a modificar la concepción de este derecho, dentro de los límites permitidos, por medio de dos clases de convenciones: sobre constitución de derechos en los inmuebles y sobre inalienabilidad e inembargabilidad de los bienes.

Algunas de las primeras las prevé, como lícitas, el Código. El contrato no puede crear derechos reales ni establecer servidumbres a favor de una persona. Aún más, se prohíben los derechos personales y las obligaciones personales a las cuales se pueda dar el carácter de servidumbre. Lo contrario sería, volviendo a los tiempos feudales, hacer reposar la obligación personal sobre la propiedad de la tierra. El servicio debe ser en favor del predio, no del propietario. Se restringen las convenciones, en síntesis, cuando la servidumbre pierde su carácter de derecho real para aparecer como obligación personal ligada a la propiedad del fundo.

Las cláusulas de inembargabilidad restringen los derechos de los acreedores. La cláusula de inalienabilidad más frecuente es aquella mediante la cual el adquirente se compromete a no enajenar la propiedad. Es ésta siempre una cláusula accesoria a un contrato, ya que está prohibida claramente una convención directa sobre la inenajenabilidad de un bien. La propiedad, tal como la concibe el Código, es esencialmente transmisible.

En Roma el dominio era un derecho absoluto, inmutable, perpetuo y exclusivo. El Código de Napoleón, influído por los principios individualistas de la Revolución Francesa, hizo de la propiedad el derecho por excelencia. Ella aparece rodeada de toda clase de garantías, y es por eso que se ha dicho que es esa obra el Código de los Propietarios. Nuestro Código la consagró también como un derecho absoluto, perpetuo y exclusivo. Las limitaciones impuestas por la ley o por el derecho ajeno son enteramente extrínsecas, apenas trazan una frontera; únicamente las servidumbres se imponen a pesar de la voluntad del titular del derecho, pero ellas son limitaciones únicamente en cuanto otra persona adquiere derecho sobre la cosa.

Pero el concepto de la utilidad pública se impuso en el campo del derecho de propiedad. Al lado de las necesidades individuales se han colocado las necesidades de la colectividad, el interés público. Ya en el siglo pasado la escuela positivista reaccionó contra los caracteres absolutos y exclusivos de la propiedad y la concibió, no como un derecho, sino como *una institución jurídica*

que responde a una necesidad económica y que por tanto varía y se modifica. Para Duguit el propietario tiene la función social de fomentar y administrar su riqueza, de la que es el único tenedor, y en consecuencia no debe ser protegido por el Estado sino cuando cumpla ese deber. Puede emplear la cosa en la satisfacción de sus necesidades personales, pero sin olvidar las necesidades del grupo social.

El derecho moderno, sin desconocer el carácter de derecho subjetivo, impone un fin social a la propiedad y la subordina a la utilidad pública. La decadencia del individualismo ha traído, también, la negación de los derechos subjetivos absolutos: todo derecho, se dice, es esencialmente relativo, tiene una destinación económica y social, y su uso no debe estar en desacuerdo con ella. Por eso la Constitución colombiana enseña que *la propiedad es una función social que implica obligaciones.*

14.—El último de los grandes principios económicos de la sociedad contemporánea es el de la responsabilidad civil. La bibliografía jurídica de los últimos años abunda en obras que, como la de los hermanos Henri y Leon Mazeaud, tratan esta materia con gran detenimiento y notable profundidad. La sociedad en que vivimos reposa, también, en la idea de que cada uno es responsable del daño que causa con su falta. Esta regla permite la actividad concurrente de los hombres, sin que la de uno pueda ser en detrimento de la de otro. Es a la vez una norma moral y económica.

Si no existen relaciones jurídicas entre el autor del daño y la víctima, tiene lugar una obligación delictual y es ésta la responsabilidad delictual del autor del daño. Si hay relaciones jurídicas, la responsabilidad es contractual, sea que nazca del contrato o de su violación.

¿Le es permitido al autor futuro de un daño derogar, por medio de una convención, su futura responsabilidad? Este problema, planteado en el campo de la responsabilidad contractual, se resuelve diciendo que no le es posible, pues estas normas están basadas en consideraciones económicas y morales de orden público, que tienden a impedir la acción voluntariamente nociva. Hay que tener en cuenta también que, con frecuencia, se dictan medidas penales contra tales actos. Esto conduce a afirmar que, en una gran cantidad de casos, un delito civil es al mismo tiempo un delito penal, y en tratándose de este último, sería imposible pactar la renuncia a demandar. Desde el punto de vista económico, es imposible permitir a una persona que dé lugar a riesgos y pe-

ligros, sin que nada se le pueda reclamar. Sería romper el equilibrio económico. Por eso, en nuestro concepto, son de orden público las disposiciones contenidas en el Título 34 del Libro Cuarto del Código Civil Colombiano, relativas a la responsabilidad común por los delitos y las culpas.

No ofrece la más leve duda la afirmación de que la cláusula de no responsabilidad delictual es nula, pues esta responsabilidad sirve de sanción a normas legales de orden público.

Pero si la cláusula de no responsabilidad nace de la convención de las partes, es válida? No lo es, a nuestro parecer, pues la responsabilidad contractual no surge, como frecuentemente se cree, del contrato. Ella nace con motivo de la ejecución del contrato, pero su fuente reside en la ley. Pensamos que es ésta la que determina la responsabilidad con relación al incumplimiento, retardo o ejecución incompleta de una obligación contractual. Sólo el juez puede apreciar, atendidas las circunstancias, si es el caso de dar carácter de orden público a las normas de la responsabilidad, en cada uno de los contratos regulados por el Código. Este indica muchas de las cláusulas permitidas, así como las que no pueden pactarse.

EL ORDEN PUBLICO. NOCION POLITICA

15.—*Todo el mundo* —dice Pierre Louis Lucas— *admite que el orden público expresa la necesidad social en lo que ella tiene de más elemental y, por consiguiente, de más imperioso. La noción del orden público aparece como la revelación de las exigencias sociales tenidas, en una cierta época, como esenciales. Ella interviene en muchos casos, pues es la necesidad, y la necesidad no conoce leyes,* expresa ese mismo autor.

W. Lienhard descubre en un magnífico libro, *La Misión y el Valor del Orden Público en Derecho Privado Interno y en Derecho Internacional Privado*, que el primer carácter del orden público es el de ser *la expresión de la voluntad de la sociedad de oponerse a la anarquía*, es decir, el orden público como antítesis de la anarquía. Anarquía no sólo en el sentido de desorden político, sino también en el de inobservancia de la ley.

Pero el orden público es todavía más. *El orden público* —ha dicho Franz Kahn— *es el principio supremo de todo el derecho y de toda la evolución jurídica, es el fin del derecho, la idea de justicia, cualquiera que sea el término que se emplee.* Estamos en el riesgo de caer en una concepción idealista que hemos, de antemano, rechazado. Lo que sucede, en realidad, es que queremos

vincular esta definición de Frauz Kahn al estudio del problema del orden público, ya que él ofrece un vasto campo de aplicación en la teoría y en la práctica política.

Como necesita de la fuerza coercitiva para cumplir su papel, el orden público se identifica en sus manifestaciones con *una medida de policía*. Lienhard dice que el orden público no puede ser sino nacional y llega así a definir una primera etapa del orden público: una medida de policía, estrictamente nacional, destinada a la salvaguardia de la legislación del Estado.

Esta noción se opone —dice el autor— a la de quienes no admiten el orden público sino en las situaciones de derecho para las situaciones graves: *el objetivo general que persigue el orden público es siempre el mismo: asegurar el respeto de una exigencia social y fundamental*, ha escrito Pierre Louis Lucas. Pues se afirma, muy razonablemente, que tendiendo a elaborar una explicación racional del orden público, el único método consiste en referirse a la voluntad de la sociedad de vivir según ciertos principios. *Estos principios* —dice Lienhard— *no son sino el resultado prosaico de la necesidad, es decir, de la política*. En esta última reposa la organización social.

El orden público, en el sentido en que se le emplea comúnmente, no es una noción de derecho privado. Se trata entonces, como ya lo hemos apuntado, del orden público en derecho administrativo u orden público de policía. El estudio que nosotros hacemos es el del papel que esta noción juega en el derecho privado. Su dominio, lo estamos viendo, es la necesidad, la política. *El objeto del orden público* —dice el mismo autor— *mira a la colectividad. Varía con las ideas políticas, es decir, día a día. Su contenido es vago y flotante y sus condiciones de aplicación indeterminadas*. Es por eso que el orden público es esencialmente relativo.

De acuerdo con Lienhard, las dificultades surgidas al tratar de precisar el concepto del orden público provienen, en gran parte, de que el orden público no es una noción de derecho privado sino una concepción política. Nosotros diríamos que es una noción jurídica de contenido político. Ripert y Julliot de la Morandière consideran el orden público como el conflicto entre una fuente general y una fuente especial de derecho. En realidad, él consiste en hacer ineludibles ciertos principios legislativos. Se trata de hacer primar la ley, la fuente general. De ahí la necesaria y poderosa intervención que tiene que jugar, en su aplicación, la política. *Es el interés del Estado que está en juego, es su perso-*

na jurídica que necesita salir a la defensa de sus intereses y tomar, casi a la ligera, un arma de derecho privado, que se revelará como bien peligrosa para la libertad individual: el arma del orden público; es el medio que posee el Estado para defenderse de la voluntad de los particulares, escribe Lienhard.

El orden público es una noción esencialmente política, en función directa del régimen político en vigor, del partido de gobierno. Y los factores que en él intervienen son el resultado del medio, de la época, de la necesidad, de los sucesos. El orden público es el instrumento de que se sirve la política para imponer, en materia de derecho privado, su voluntad a los individuos. El interés político es el único y verdadero contenido del orden público.

La influencia política en la vida jurídica se cristaliza, en el momento en que ella es poderosa, en la noción del orden público. La dificultad de la intervención del orden público no consiste en precisar su repercusión sobre un determinado punto de derecho, sino en buscar una regla que indique la oportunidad de su aplicación. Por eso Lienhard, en el libro que comentamos, desiste de buscar una regla precisa que revele el dominio del orden público, debido a que sus factores —lugar y tiempo, principalmente— son en extremo cambiantes.

El orden público, en síntesis, no es, propiamente hablando, una noción de derecho pura y abstracta, sino que envuelve un cierto contenido político, engendrado por la necesidad social. Afirma Lienhard que *no es una lógica jurídica sino un razonamiento instintivo, si se puede decir, lo que nos revela las causas, los motivos del orden público.*

16.—Entendemos, pues, el orden público como una concepción predominantemente política, y por eso conviene destacar algunos aspectos fundamentales de la política económica mundial.

La concepción moderna —dice Francois de Kyráldy en El Derecho Económico, Rama Independiente de la Ciencia Jurídica, su Naturaleza, su Sistema, su Contenido— debe constatar con más precisión la conexión que existe entre el derecho y la vida económica, y realizar mejor las exigencias prácticas de la circulación. Se desprende de esta concepción que se debe, conforme al sistema económico transformado, someter los métodos de búsqueda y las maneras de examinar el derecho a una revisión y, según las necesidades, a una modificación. Es preciso introducir la mentalidad económica en la aplicación de las leyes y, al mismo tiempo, tomar el hilo que une a nuestra ciencia con los fenómenos

económicos y sociales; lo que conduce a tener en cuenta la situación económica de la nación y los deseos del interés público económico. Lo mismo que la sociología y la economía, el derecho también debe estar construído sobre los hechos, y considerar los supuestos existentes de las circunstancias económicas y sociales: las cosas deben ser observadas en el curso de su evolución. No podemos enclaustrarnos, descartando los hechos, en el sistema de las conexiones absolutas, de las causas finales. Las opiniones de este autor eminente nos afirman más en nuestro punto de vista.

Aun en los Estados burgueses, cuya estructura jurídica reposa en el principio de la autonomía de la voluntad, ha ido sacrificándose, paso a paso, la economía libre. Antes de la primera guerra mundial se desarrollaron, aunque muy paulatinamente, algunos ensayos para intervenir en el nivel de los precios. Primero en Inglaterra, hacia 1860, y luego en Alemania, en el año de 1870, con el surgimiento de los sindicatos, comenzó, además, a sustituirse el contrato privado de trabajo por la convención colectiva. En esos países se llevó a cabo también la regulación del salario por el Estado. En zonas neo-capitalistas, como Australia y Nueva Zelanda, se abrió paso la idea sindical y con ello el principio de las tarifas de salarios, mediatizadas por el Estado. En los Estados Unidos, en cambio, logró mantenerse el sistema de la libre contratación en materia de salarios. Antagónicamente se desarrollaron los carteles, instituídos por los empresarios para perseguir la regulación de los precios. En ese país ha sido necesaria una intensa actividad legislativa para combatir tan peligrosas alianzas.

El proteccionismo ha progresado, en los años posteriores a la primera guerra mundial, debido a la tendencia autárquica de varios países, realizada muchas veces en forma directa, otras de manera indirecta. Se han desarrollado desde entonces todas las instituciones que implican una intervención en los valores: junto a los sindicatos y a los carteles, ante todo el incremento del capitalismo de Estado, que reserva a los gobiernos diversas ramas de la producción, y también la previsión social (seguros sociales, etc.), que igualmente influyen en el juego libre de los mercados. Incluso Inglaterra, considerada como la patria del individualismo y del liberalismo, ha puesto en práctica estas tendencias, no digamos ahora, sino antes de la segunda guerra mundial. También hacia esa época aumentaron considerablemente en los Estados Unidos las intervenciones en el campo económico.

Entre 1918 y 1939 todos los Estados del mundo intervinieron —claro que unos más firmemente— en la economía de los pueblos. En el curso de esos años pudo advertirse, en todos los países, la evolución hacia la economía intervenida. Hoy, con las experiencias sucedidas, nadie se atreve a combatir este sistema. No es necesario ahora, por consiguiente, hacer, como en 1936, la defensa de la intervención del Estado en la economía, introducida en Colombia por el Acto Legislativo número 1º de ese año. Ya nadie discute su forzosa existencia.

La alternativa no es ya entre la regulación estatal y la libre competencia —dice G. D. H. Cole en unos Estudios Sobre Planeamiento Económico— sino entre el planeamiento bajo el control restrictivo capitalista y el auspiciado por la autoridad pública, con el objeto de la máxima satisfacción de las necesidades del consumo. Pues en los países burgueses existen muchas industrias en condiciones que necesariamente conducen al monopolio, y el planeamiento debe estar controlado por una autoridad que anhele la abundancia, en lugar de estar dominado por la noción de beneficio exclusivo de los productores.

La actividad del Estado no debe limitarse a una industria o servicio determinados, pues el planeamiento, como lo anota Cole, no puede ser fragmentario sino más bien una especie de Plan Económico Nacional. Porque un Estado que trata de planear la industria en interés general, tiene que considerar las necesidades y no meramente la demanda de consumo. Cualquier sistema económico planeado de manera perfecta implica, en primer lugar, la existencia de una autoridad investida del poder de decidir qué ha de producirse.

En Rusia se ha hecho un ensayo cabal con el fin de instituir un sistema económico planeado, y se han logrado notables resultados. Nos explicamos el éxito con unas palabras de Ernst Wagemann en *Estructura y Ritmo de la Economía Mundial: Todos los problemas parciales de la economía reclaman una solución integral, que sólo es posible mediante la cooperación más íntima y, desde luego, tan sólo mediante una amplia orientación económica de conjunto de la economía pública y de la privada, de la intervenida y de la libre.*

En Alemania —también en Italia, con algunas diferencias— la economía planeada se basó en una extrema forma de nacionalismo económico. El Estado llegó a ser dueño de una gran parte del aparato económico, cuya actividad la hizo depender de sus

órdenes. El objeto de este planeamiento, como se sabe, fue la fracasada preparación militar.

Con motivo de la segunda guerra mundial, la intervención de los Estados en la vida económica llegó a extremos jamás pensados antes, que se hicieron necesarios debido a las graves circunstancias de anormalidad e inseguridad por las cuales atravesaban los pueblos. Se vio entonces cómo era indispensable al Estado imponer un orden económico obligatorio que le facilitara el cumplimiento de sus propósitos. Pero no sólo en la guerra, sino también en la paz, el mantenimiento de este orden se considera ya tan indispensable como la guarda del orden político.

Anteriormente decíamos que en toda comunidad social la vida jurídica está condicionada por la vida económica. *Las leyes se hacen con los tiempos, escribía Portalis, propiamente hablando, no se las hace.* O como dice Consentini, *el derecho es la emanación espontánea de la vida de un pueblo.* Es así como una escuela sociológica ha querido reducir el estudio del derecho al análisis de los hechos sociales.

Ayer había tesis absolutas sobre el derecho de propiedad, la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria de los contratos. Hoy se observa, por el contrario, la extrema variabilidad del derecho que nace, se modifica y desaparece de acuerdo con las circunstancias económicas. Esto sólo nos lo puede explicar la creciente intervención del Estado en la economía, muy poco presentida en los viejos códigos civiles.

El poder no puede ejercerse, como se ha dicho, sino con la condición de realizar continuamente las aspiraciones del pueblo. Antes el legislador construía o pensaba construir para la eternidad. Se advierte ahora cómo todas las normas que dicta son provisionales, en cumplimiento de un plan, y con la posibilidad de que un hecho económico las pueda modificar cualquier día. Ha dicho Luis Jossierand —en un excelente estudio en que muestra “*cómo los textos de la ley cambian de valor de acuerdo con los fenómenos económicos*”— que “*el texto legislativo persigue la solución de una ecuación económica cuyos términos se modifican de un año a otro o de una estación a otra*”. Y Planoil escribió que *Las tendencias de la legislación se resienten naturalmente, de una manera directa, de los cambios que se cumplen en la organización del Estado y en su orientación política. Es por esto que nuestra legislación civil, cuando nos ponemos a estudiar su desarrollo posterior a 1804, permite tener un punto de vista especial e interesante respecto a la historia política de Francia. Es preciso*



considerar los diferentes regímenes que se han sucedido en el curso de este siglo y ver cuál ha sido la influencia de cada uno de ellos en nuestra ley civil".

Ante el período de anarquía legislativa en que se ha debatido, en los últimos años, la mayor parte de los países de orientación democrática, la presión de los hechos económicos se ha ejercido también, con persistencia y eficacia, sobre sus códigos civiles, al punto que, como lo comprueba Jossierand, un gran número de textos ha cambiado de valor y de significación y no presentan la misma fisonomía de antes. Algunas veces la transformación se ha operado abiertamente por la vía legislativa, en armonía con la nueva situación económica creada por el crecimiento de la fortuna mueble, por la concentración de los capitales y el desarrollo de las grandes empresas, por la crisis de los patrimonios, públicos y privados, etc. La legislación que ha surgido, que tiene su base y su razón de ser en la vida económica de un pueblo, ha llegado a modificar la estructura misma del antiguo orden jurídico.

Pero es la jurisprudencia la que ha realizado la adaptación de la ley escrita a las necesidades económicas de la hora. Ella ha dado una nueva fisonomía, "ha introducido la regla económica en la regla jurídica". Ordinariamente, ha sido por vía de *interpretación extensiva* como se ha procedido. Se han ampliado así las teorías del enriquecimiento sin causa, del abuso del derecho, etc. Otras veces, por medio de un *espíritu restrictivo*: aquí ha desempeñado gran papel la teoría de la causa, impulsiva y determinante. Otras, se ha llegado a descubrir en un artículo de la ley una regla de derecho, como, por ejemplo, en el 2356 del Código Civil Colombiano, la extensión del principio de la responsabilidad civil.

EL ORDEN ECONOMICO

17.—Se ha anotado, por algunos juristas modernos, una decadencia de la soberanía del contrato, al cual el Código dio fuerza de ley entre las partes. En su crítica han sido utilizadas varias de las reglas técnicas tradicionales y se ha dicho, por ejemplo, que la obligación contractual nace de un cambio de consentimientos, y que si entre los contratantes existe una desigualdad de fuerzas, si uno de ellos está obligado a contratar por una coacción económica o moral, su consentimiento no ha sido libre. El legislador presume la debilidad de una categoría de contratantes y prohíbe, con el fin de protegerlos, las convenciones que atenten

contra sus intereses; él dicta, en cambio, las reglas que deben seguirse.

En otros casos, el Estado no interviene para proteger la voluntad de los contratantes sino para destruirla, porque considera que atenta contra el interés contractual. La celebración del contrato crea situaciones subjetivas favorables a las personas más beneficiadas en la sociedad. La libertad contractual responde a la idea de que los hombres deciden libremente acerca de sus relaciones económicas. Cuando se cree que los intereses individuales no armonizan con el interés general, el legislador impide el nacimiento de esas situaciones contrarias al interés colectivo. Esta tarea negativa se complementa diciendo de qué manera los hombres deben ordenar sus relaciones para satisfacer ese interés.

En estas breves explicaciones hemos querido señalar el papel que esta noción desempeña en el terreno de la economía. Nos hemos limitado a ello. Pues la intervención del orden público en las relaciones de familia, en la organización del Estado y en la moral, supone tantas consideraciones esenciales como las que comprende su actuación en la vida económica. No existe, propiamente hablando, un orden público político, un orden público familiar, un orden público moral, un orden público económico. Tal como la comprendemos, la noción del orden público es una sola, pero susceptible de variantes según se consideren los diversos aspectos de la vida social.

Georges Ripert, en *El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno*, plantea en los siguientes términos la cuestión: “Este control del nacimiento, esta supervigilancia de la ejecución (del contrato) suponen que el Estado conozca mejor que los contratantes el orden que conviene hacer reinar en la sociedad. En el momento en que se redactó el Código Civil, el Estado desempeñaba un papel político, pero no una misión económica. Nuestras ideas han cambiado. El Estado quiere hoy dirigir la economía. Es imposible que esta nueva concepción de la economía dirigida deje intacto el contrato que el liberalismo del siglo XIX había concebido. El poder político asume una nueva tarea; estimando que la iniciativa particular es impotente para asegurar la producción, la circulación, la distribución de las riquezas, se encarga de guiar en esta labor a las voluntades individuales. Si esta concepción es justa, o simplemente si se la quiere imponer, todo nuestro derecho contractual está por rehacer. No se le ha modificado de un solo golpe ni siguiendo un plan preconcebido, porque el Estado no ha tomado de una vez la dirección de la

economía; pero las vacilaciones y los sobresaltos que constatamos en la política económica del Estado tienen sus repercusiones en la concepción técnica del contrato. La primera idea, la más simple, la más fácil de realizar, consiste en prohibirlo”.

Esta idea del prohibir el contrato encuentra su fundamento en el artículo 16 del Código Colombiano y en el 6º del Código Francés. Los autores de este último emplearon la noción con mucha timidez. Portalis dijo que la ley es orden público “*cuando ella interesa más directamente a la sociedad que a los particulares*”. Por consiguiente el contrato, que es la expresión de las relaciones económicas, no podía contrariar las leyes de la sociedad. “*No se puede —dice Ripert en un ensayo sobre el Orden económico y la libertad contractual— derogar por el contrato las leyes que regulan el Estado, la familia, la profesión. Hé aquí el orden público en el sentido político del vocablo. Las relaciones económicas entre los hombres ceden el paso a la necesidad de la vida en sociedad. Hay una primacía de lo político sobre lo económico*”.

En la época en que fueron elaborados estos códigos la única organización de las relaciones económicas era la que se formaba libremente en los contratos. Cuando el legislador prohíbe contratar, por razones aparentemente económicas (teoría de la lesión) “*es más bien —señala el mismo autor— una regla moral la que inspira la prohibición y no una preocupación de orden económico*”. Los juristas clásicos no aceptaban cómo el cambio de riquezas y de servicios pudiera ser contrario al orden público, ya que la ley ha dejado a los hombres la libertad de negociar. Agrega Ripert: “*Si se admite, por el contrario, que existe, impuesto por el Estado, un cierto orden económico que los particulares no tienen el derecho de derogar por medio de sus convenciones, el artículo 6º va a tomar un sentido nuevo. El orden establecido por el Estado para la producción, cambio y distribución de las riquezas, es de naturaleza económica, pero es también un orden público; tiene necesariamente carácter obligatorio y, en vía de consecuencia, serán nulas las convenciones que atenten contra él. No se trata entonces de una primacía de lo político sobre lo económico; se trata de distinguir, en las relaciones económicas de los hombres, aquellas que son queridas, impuestas por el Estado, de aquellas que libremente pueden pactar los particulares. Hay, en adelante, al lado de la organización política del Estado, una organización económica, tan obligatoria como la otra. Existe, por consiguiente, un orden público económico*”.

Dice Ripert en *El orden económico y la libertad contractual*: “*Abstracta y permanente, la regla legal sólo puede dar un tipo uniforme de contrato. Es siempre por la misma vía por la que deberá ser alcanzado el fin al cual tiendan los contratantes. La ruta está trazada y no es posible apartarse de ella. Nace un orden de esta reglamentación, que es naturalmente un orden público, pero de naturaleza diferente. No se trata ya de suspender las convenciones privadas porque atenten contra la cosa pública, sino al contrario, de desarrollarlas, a condición de sujetarse al orden económico. El hombre no tiene el derecho de unirse a otro hombre por el juego complejo de las relaciones jurídicas que imaginen su capricho o su interés. Debe colocarse obligatoriamente en el cuadro de uno de esos contratos juzgados como los más a propósito para asegurar el mejor cambio de las riquezas y de los servicios. La cláusula dictada por la voluntad individual se considera como perturbadora del orden deseado.*”

“*Así el contrato pierde su fuerza, en cuanto creador de obligaciones. Ciertos autores negarán aún que la voluntad humana pueda crear la relación jurídica. La voluntad no tiene otra regla que la sumisión a la norma legal. Tenemos instituciones en la vida económica como las tenemos en el orden social. Hay un nuevo capítulo del derecho civil que no se halla en el Código: la reglamentación obligatoria de las relaciones económicas. Todos reclamamos del Estado el orden económico, y por el mantenimiento de este orden estamos listos a ofrecer en sacrificio de la libertad contractual. He aquí al legislador en adelante obligado a buscar las reglas del contrato, no ya en la voluntad común y probable de los interesados, sino en las necesidades generales de la sociedad que pretende dirigir.*”

El orden público está formado por reglas esencialmente variables, debido a que debe tener en cuenta muchos elementos cambiantes. El legislador, además, no sólo debe considerar los hechos económicos que se producen en el interior del Estado, sino los que ocurren en el mundo entero. En estas condiciones, casi no puede formarse jurisprudencia al respecto, pues el orden que la ley establece lo modifica al mismo tiempo sin cesar. “*Los publicistas habían definido la ley, en sentido material, como la regla abstracta y permanente. La ley moderna viene a ser un reglamento detallado y temporal*”, se ha escrito.

El recurso del contrato es, a menudo, una manera de resistir a esa inestabilidad de la legislación. El contrato llega a ser así un elemento fijo, permanente. Mas el legislador no deja que, por

este medio, se haga fraude a las modificaciones que impone. De esta manera se entiende cómo siempre será necesario que el contrato se someta a la reglamentación legal.

Se ha admitido siempre que la convención contraria al orden público y a las buenas costumbres es nula, de una nulidad absoluta, pues la acción está abierta a todo interesado, ella no desaparece por la confirmación ni por la prescripción, puede ser invocada por vía de acción o de excepción, entraña la destrucción de todo lo que se ha hecho y la repetición de lo que se ha pagado. Las convenciones contrarias al orden económico no han sido, sin embargo, tratadas con la misma severidad. No es, como se ha observado, que los contratantes merezcan indulgencia, sino que con la aplicación rigurosa de esas reglas no se produciría el efecto deseado por el legislador. En primer lugar, no se está seguro de que las dos partes tengan el derecho de demandar la nulidad del contrato, ya que el legislador ha querido proteger una determinada categoría de contratantes, los económicamente débiles. La nulidad, siendo absoluta, se la considera relativa para este solo efecto. La nulidad es aquí nulidad de protección, así como lo es en materia de incapacidad. La culpa no reside en haber contratado, ya que el contrato es deseable en sí, sino únicamente en haber pretendido modificar las normas que regulan el orden económico.

Comúnmente la nulidad producida por haberse atentado contra el orden económico no comprende todo el contrato, sino sólo las cláusulas consideradas como contrarias al orden público. Los jueces han dicho, en muchos casos, que debe entenderse la cláusula como no escrita y mantener firme la convención. Esto ocurre porque el sostenimiento del contrato es, de manera frecuente, útil desde el punto de vista económico.

Según el artículo 1523 del Código Civil Colombiano, “*hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes*”. Luego el mejor procedimiento técnico para hacer reinar el orden económico es la prohibición, pura y simple, de ciertos contratos o, mejor, de ciertas cláusulas, pues para el efecto son sinónimas las expresiones cláusula, convención, contrato.

En la actualidad la mayoría de los contratos está sometida a una estrecha reglamentación. Por efecto de la ley muchos contratos han salido de la esfera de la libertad contractual, para colocarse en el grupo de los contratos intervenidos, semi-rígidos. El contrato moderno aparece, en gran parte, como la sumisión de las partes a un conjunto de normas legales obligatorias. “*Está*

dirigido por la ley, como la economía misma y en vía de consecuencia”.

Dice finalmente Ripert en su citado estudio sobre *El orden económico y la libertad contractual*: “No conocemos para limitar la fuerza contractual sino el medio brutal de la nulidad. El legislador se encuentra en la alternativa de destruir todo o de tolerar todo. La convención es ley según el artículo 1.602 del Código Civil Colombiano, o no es nada, según el artículo 16 del mismo. Este todo o nada no es satisfactorio para el orden económico. Es necesario poder petrificar el contrato, restringir o relajar el lazo según las circunstancias, adaptarlo a los acontecimientos imprevistos y hacerlo servir al orden económico. Lo difícil no es encontrar el medio técnico; ya en la teoría de la imprevisión se han imaginado varios. Para proponerlo con seguridad es necesario estar convencido de que este alargamiento del contrato no engendrará un peor desorden que su fijeza, y que el Estado, bajo su forma presente, puede dar con alguna certeza las leyes del orden económico”.

En nuestro parecer, una definición aceptable del orden público podría ser la siguiente: el orden público es una noción jurídica que sirve para explicar el carácter imperativo de ciertas normas, en cuyo cumplimiento está interesada una sociedad dada, en una época determinada. En el artículo 30 de la Codificación Nacional encontramos una subordinación del interés privado al interés público, y tal vez sea éste una definición que el derecho colombiano ha dado del orden público: “Cuando la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social resultaren en conflicto los derechos de los particulares, con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones”. El interés público, el interés social, los hemos visto asimilarse, en el campo del derecho privado, al orden público.

18.—Estudiemos ahora algunas de las restricciones impuestas en el derecho colombiano para mantener el orden público económico.

En el Código Civil encontramos varios artículos que facultan al juez para reducir ciertas estipulaciones usurarias. Tales son, por ejemplo: “Cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse

que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él. La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones del valor inapreciable o indeterminado. En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular. En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme”. (Artículo 1601).

“El interés convencional que exceda de una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, será reducido por el juez a dicho interés corriente si lo solicitare el deudor” (Artículo 2.231).

“La hipoteca podrá limitarse a una determinada suma con tal que así se exprese inequívocamente, pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto, de la obligación principal, aunque así se haya estipulado. El deudor tendrá derecho para que se reduzca la hipoteca a dicho importe”. (Artículo 2.455).

Fuéra de ellos, el artículo 2.235 prohíbe el anatocismo: “Se prohíbe estipular intereses de intereses”. Los artículos 1946 y 1947 del Código y el 32 de la ley 57 de 1887 establecen las reglas de la lesión. El patrimonio familiar inembargable fue reconocido por la ley 70 de 1931.

La intervención del Estado en las relaciones económicas, consagrada en el artículo 11 del Acto Legislativo número 1º de 1936, en los términos siguientes: “El Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas o 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. Parágrafo. Las leyes que se dicten en ejercicio de la facultad que otorga este artículo, requieren para su aprobación el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara”, ha venido a ser limitada, a nuestro juicio, por el artículo 4º del Acto Legislativo número 1º de 1945, que corresponde al artículo 32 de la Constitución vigente: “El Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas o 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. Esta función no podrá ejercerse en uso de las facultades del artículo 76, ordinal 12, de la Constitución”.

Según esta reforma, a pesar de que “cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen”, debiera re-

vestirse al presidente de la república de precisas facultades extraordinarias para racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas o dar justa protección al trabajador, ya no podrá ser posible esta intervención, por prohibición expresa del constituyente. Sin embargo, al presidente le podrán ser dadas muchas facultades de orden económico, monetario y fiscal. Conviene aclarar bien esto.

Cuando el constituyente de 1910 consagró lo que hoy es el artículo 121 de la Constitución Nacional, las conmociones externas más señaladas eran de carácter bélico. Las circunstancias anormales de una conmoción económica no eran de tal magnitud para que, con ocasión de ellas, se pensara en la necesidad de declarar turbado el orden público. Este orden público es, simplemente, el que hemos denominado como de derecho de policía.

Por la aclaración de estar turbado el orden público y en estado de sitio la República, queda el gobierno capacitado para suspender, pero no para derogar, todas las disposiciones incompatibles con el estado de sitio. Las suspendidas, vuelven a surtir efecto. Eso de acuerdo con el citado artículo 121. Ahora, de acuerdo con el numeral 12 del artículo 76 de la misma Constitución, el congreso reviste al presidente de facultades extraordinarias en virtud de las cuales éste ejerce, dentro de precisos límites, una función que en tiempos normales no le correspondería: dictar disposiciones con fuerza de ley sobre materias de que sólo puede disponer el legislador. Con estas autorizaciones se dictan los decretos-leyes, por medio de los cuales el gobierno expresa su voluntad en relación con los puntos sobre que versan las autorizaciones. Ya hemos visto que, según el artículo 4º del Acto Legislativo número 1º de 1945, la intervención del Estado no podrá ejercerse en uso de esas facultades.

Con anterioridad a la reforma de 1936 se habían dictado leyes que implicaban limitaciones, por razones de orden público, en la vida económica. Según el artículo 318 del Código de Comercio, los empresarios públicos de conducciones están sujetos, además de los preceptos de ese estatuto, a los reglamentos que se dicten para *regularizar* el ejercicio de su industria. La industria bancaria, que también es un acto de comercio típico, está intervenida por el Estado, en forma legal, desde el año de 1923. También industrias tales como las bolsas de valores, las empresas de seguros, las sociedades anónimas, etc.

En desarrollo del precepto constitucional de 1936, hay varias industrias intervenidas por el Estado. Para velar por los inte-

reses de los consumidores y evitar las especulaciones, “con el fin de regularizar el consumo del azúcar”, como lo dice su artículo 4º, se dictó la ley 203 de 1936.

Otra industria muy intervenida por el gobierno ha sido la cafetera, desde la ley 76 de 1927, que creó un impuesto de 10 centavos por saco exportado, con destino a la protección de la industria.

El decreto 379 de 1938 creó una Junta Nacional de Algodón, de carácter permanente, como asesora del gobierno en lo relacionado con el fomento del cultivo, para conceptuar sobre las solicitudes de licencia de importación de algodones e hilazas, con la mira de asegurar previamente el consumo de la fibra nacional a precios remuneradores para el agricultor y no inferiores a los del costo de los productos similares importados, incluyendo los derechos de aduana, etc.

Frente a la poderosa compañía United Fruit Co., el artículo 1º de la ley 125 de 1937 dice: “En desarrollo del artículo 28 de la Constitución, la explotación tanto de la industria del banano como de las empresas relacionadas con ella, debe efectuarse en forma que garantice: a) la producción de frutos adecuados para la exportación; b) la igualdad de tratamiento comercial y jurídico que los compradores deben dar a los productores y la equidad entre éstos y aquéllos; c) precios que remuneren equitativamente la producción, teniendo en cuenta los del mercado de consumo exterior; d) sueldos y salarios que remuneren equitativamente el trabajo de los empleados y obreros de la industria bananera. Pertenecen al orden público estas finalidades. En consecuencia, el estatuto contractual que regule la industria bananera queda sometido a la reglamentación y supervigilancia del gobierno”.

El doctor Antonio Rocha, en un interesante estudio sobre *La libertad de comercio, el intervencionismo y la racionalización*, ha hecho notar cómo aquí se usó por primera vez, en las leyes colombianas, la expresión orden público en materias económicas. “El proyecto —dice— se presentó con la expresión *orden público económico*, pero algunos senadores le suprimieron la calificación económica por considerar que no podía haber otro orden público que el político”.

La producción de grasas y aceites vegetales está intervenida por el artículo 5º de la ley 94 de 1936, que fija un arancel aduanero de 15 centavos por la introducción de cada kilo de copra y autoriza al gobierno para reducir 3 centavos cuando el productor se obliga por contrato a fomentar el cultivo de

otras almendras nacionales. En la costa atlántica, varias fábricas funcionan mediante un contrato regulador celebrado con el gobierno.

Todo lo referente a régimen monetario es de orden público. También lo son las leyes sobre rebaja de deudas, moratoria, rebaja de intereses, impuestos a los intereses, es decir, tendientes a hacer menos gravosa la situación de los deudores, como por ejemplo en Colombia la ley 37 de 1932. En sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 28 de abril de 1937, se considera la política monetaria como de orden público —de “*salud nacional*”, dice el fallo— y por lo tanto, como ya lo habíamos estudiado antes, no se la puede derogar, ni eludir, ni desvirtuar. Es éste un asunto perfectamente claro, que todos los expositores aceptan. La sentencia contiene algunos apartes de interés que copiamos a continuación:

“Los tribunales y tratadistas de aquellos países sobre los cuales cayó más rudamente con sus estragos la guerra europea, han tenido que meditar honda y ahincadamente en los problemas monetarios surgidos de las emisiones de billetes, de la alteración del valor o precio de las monedas y en general de las medidas que sobre estos tópicos fueron ocasionadas o impuestas por aquel conflicto y sus ulteriores repercusiones.

“De ahí que esté singularmente justificada la cita de las tesis jurisprudenciales de esos países y de las doctrinas de sus expositores y comentadores.

“En la obra de Colin y Capitant, *Cours de Droit Civil Français*, tras el estudio sobre las varias clases de leyes relativas al derecho privado y del examen detenido de las imperativas o prohibitivas, se leen estos conceptos: “Cuantas veces alguien desconozca en un acto jurídico una disposición legal fundada en consideraciones de orden público, ese acto será ineficaz, es decir, no producirá efecto alguno aunque la ley no haya impuesto expresamente esa sanción”. El legislador se pondría en contradicción consigo mismo si reconociera valor a un acto violatorio de sus mandatos.

“En esta fórmula (leyes de orden público) no es al calificativo público al que hay que poner mayor atención, sino al sustantivo orden. La noción de orden ha contribuido a orientar la doctrina y la jurisprudencia para la aplicación de aquel artículo. En el interés general, el Estado debe organizar un orden: orden en la constitución política, en la administración, en los servicios públicos, en la familia, en la vida económica; debe

prohibir o reprimir todo hecho, todo acto tendiente a alterar ese orden o indirectamente a comprometerlo.

“Una institución es de orden público por estar destinada a crear un orden general cuya finalidad no puede alcanzarse si no se someten todos, si el orden no prevalece sobre los casos de intereses particulares.”

El comercio de oro y las operaciones de cambio internacional no son libres en Colombia. Los decretos, con fuerza de ley, números 1683 y 1871 de 1931 suspendieron el libre comercio del oro y prohibieron su exportación. Además, sometieron a control todas las operaciones de cambio internacional con particulares, que quedaron sometidas a licencias especiales de una comisión de control de cambios y exportaciones. Por decreto 2092 de ese mismo año, la oficina quedó como dependencia del Banco de la República. En esa forma el gobierno controla el tipo de cambio de las monedas y valores extranjeros. El control de cambios se ha ideado para evitar las consecuencias desfavorables de las transacciones particulares sobre cambios internacionales, procurando obtener la estabilidad económica general; se evita así la desaparición de las reservas metálicas de un país.

En fallo de sala plena, del 4 de septiembre de 1939, hace la Corte una síntesis de la evolución de la intervención del Estado en la economía. Pero es más interesante el fallo fechado el 5 de abril de 1940: “La libre facultad de contratación —dice— sin restricción de ninguna especie, cedió el campo a la intervención estatal en beneficio de los intereses generales. La autonomía de la voluntad, en ciertos campos de la actividad humana, ha sufrido una restricción impuesta por circunstancias atañedoras a la defensa económica de los países. Surgió entonces, de una manera clara y precisa, el orden público económico, o sea la aplicación de ciertas normas de orden general que, primando sobre el interés individual, contemplan la seguridad y beneficio de la sociedad y de las naciones. Las leyes dictadas en muchos países, entre ellos Colombia, sobre moratoria, rebaja de deudas y de intereses, conversión de cédulas hipotecarias, etc., tienen como apoyo el principio de que se acaba de hacer mérito.

El legislador colombiano contempló esa situación y dictó varias normas al respecto. Entre ellas se encuentra la ley 99 de 1931 sobre restricción de las importaciones y sobre facultades al presidente de la república para tomar las medidas económicas y financieras indispensables para conjurar la crisis por que atravesaba el país cuando esa ley se dictó.

A partir de 1936, año en el cual se consagró la intervención del Estado en un texto constitucional, ha sido muy abundante la legislación en materias económicas. Entre esas leyes hay muchas que limitan la libertad contractual. De ellas vamos a citar solamente dos, como de excepcional importancia: la ley 7ª de 1943 y la ley 6ª de 1945.

La primera de ellas fue dictada para contrarrestar la acción de ciertos grupos que, con ocasión de los trastornos producidos por la guerra, han llevado la especulación comercial —en donde, como vimos, es tan difícil establecer un límite entre lo lícito y lo ilícito— a los más audaces y odiosos extremos. “No podrán ser materia de especulaciones los artículos de primera necesidad para el consumo del pueblo. Se entiende como artículos de primera necesidad los víveres, drogas y mercancías de ordinario consumo entre las clases populares”, dice su artículo primero.

El artículo segundo dio base para la institución de la Interventoría de Precios: “El gobierno dictará las medidas de control que sean necesarias para el cumplimiento de los fines que persigue esta ley, y así podrá fijar: los precios máximos de venta o los mínimos en los distintos mercados del país, de los artículos señalados en la disposición anterior; las condiciones para otorgar las licencias de importación, exportación y venta; las sanciones para la efectividad de las medidas que se acuerden y la creación de los respectivos servicios”.

El artículo 3º complementa la medida anterior: “Cuando el gobierno lo considere necesario, para evitar indebidas especulaciones, podrá ejecutar importaciones directamente o por medio de contratos, en los cuales se asegure un precio equitativo para los artículos objeto de la importación. Se exceptúa de esta autorización la importación de productos agrícolas. Parágrafo. Autorízase igualmente al gobierno para tomar las medidas necesarias, a fin de establecer el control de los arrendamientos de las habitaciones y locales urbanos”.

El artículo 5º dispone que: “La Oficina de Control de Cambios y Exportaciones al expedir licencias de importación exigirá, en los casos que determine el gobierno, compromisos especiales sobre precios máximos de venta de los artículos que se importen al amparo de esas licencias”.

El artículo 7º de esa misma ley creó la Comisión de Defensa Económica, cuyas funciones, según el artículo 8º, “son las de estudiar y proponer al órgano ejecutivo las medidas que juzgue bien aconsejables para: a) encauzar la industria, la agricul-

tura y la ganadería colombianas hacia una mayor producción de los géneros más necesarios para el consumo nacional; b) regular la importación y exportación de materias primas y artículos manufacturados o semimanufacturados, con la mira de estimular el desarrollo económico del país; c) coordinar los transportes de toda clase en el territorio nacional y mejorar su conexión con los del exterior, y d) estudiar y preparar los proyectos de orden financiero para la mejor ejecución de los planes que acuerde el gobierno con los fines indicados en los incisos anteriores”.

La ley 6ª de 1945 contiene también varias normas de orden público económico. Por ejemplo, el artículo 3º fija el límite de las horas de trabajo, 8 al día y 48 a la semana, salvo las excepciones legales. El artículo 4º autoriza al gobierno para señalar, por medio de decretos, los salarios mínimos para cualquier región económica. El artículo 5º prohíbe el pago de salarios en especies. El artículo 6º, ante el hecho frecuente de los enganches colectivos para llevar trabajadores colombianos al extranjero, dispone que ellos “serán regulados e intervenidos por el gobierno, y deberán ser caucionados para garantizar el cumplimiento del contrato por el patrono y la oportuna repatriación de los trabajadores que lo solicitaren. Análogas prescripciones regirán el enganche colectivo de trabajadores para prestar sus servicios dentro del país, pero a una distancia mayor de doscientos kilómetros de su residencia”. El artículo 8º ordena, por razones que ya conocemos, que el contrato de trabajo no podrá pactarse por más de cinco años. Podríamos seguir enumerando otros artículos de esa ley, e iríamos encontrando, en la mayoría, su indudable carácter imperativo.

Por expresa disposición de la ley, todas las normas del Código de Trabajo Marítimo son, en Francia, de orden público. También en Colombia el legislador, o en su reemplazo la jurisprudencia, tendrá que decir que los estatutos del trabajo son, en general, de orden público. Ellos se relacionan, en primer lugar, con la protección misma de la persona humana y, en segundo término, con la defensa de la economía nacional. Con esta declaración no se haría sino desarrollar el mandato constitucional según el cual “el trabajo gozará de la especial protección del Estado”.

El carácter imperativo de todas estas normas y de otras, que no es preciso citar, se explica, con el criterio del orden público que hemos seguido, por la necesidad que tiene la sociedad contemporánea de asegurar, en sus diversas manifestaciones, el orden económico.

BIBLIOGRAFIA

Conferencias del Derecho Civil Profundizado, por Georges Ripert. Edición mimeográfica de unas lecciones dictadas en la Facultad de Derecho de París.

Le Régimen Démocratique et le Droit Civil Moderne, por Georges Ripert. París, 1936.

L' Ordre Economique et la Liberté Contractuelle, por Georges Ripert. (En *Recueil d' études sur les sources du droit, en l' honneur de Francois Gény*. Tomo III. París, 1934).

Traité Pratique de Droit Civil Francais. Tomo VI, por Marcel Planoil y Goerges Ripert. París, 1930.

Supplément au Traité Théorique et Pratique de Droit Civil par Baudry Lacantinerie, por Julien Bonnetcase.

La Notion Juridique de Bonnes Moeurs, por Julien Bonnetcase. (En *Etudes de Droit Civil a la Mémoire de Henri Capitant*. París, 1938).

L' Ordre Public en Droit Privé Interne, por León Julliot de la Morandiere. (En el mismo libro).

Le Role et la Valeur de l' Ordre Public, por W. Lienhard. París, 1935).

Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques, por Luis Jossierand. (En *Etudes de Droit Civil a la Mémoire de Henri Capitant*. París, 1938).

Introducción al Derecho Civil, por Henri Capitant. Traducción castellana. Bogotá, 1938).

La Convention Collective de Travail est-elle un contrat?, por Jean Brethe de la Gressaye. (En "*Etudes de Droit Civil a la Mémoire de Henri Capitant*. París, 1938).

Le Droit Economique, branche indépendant de la Science Juridique. (En *Recueil d' études sur les sources du droit, en l' honneur de Francois Gény*. Tomo III. París, 1934.)

Estructura y Ritmo de la Economía Mundial, por Ernst Wagemann. (Segunda edición castellana. Madrid, 1937).

Economía práctica o estudios sobre planamiento económico, por G. D. H. Cole. (Traducción castellana. Santiago de Chile, 1936).

La libertad de comercio, el intervencionismo y la racionalización

zación, por Antonio Rocha. (En *Revista del Colegio del Rosario*, números 331, 332, 33. Bogotá, 1939).

Conferencias de Derecho Civil Profundizado, por Eduardo Zuleta Angel. Bogotá, 1939.

Características Esenciales del Derecho Civil Moderno, por Hernando Devis Echandía. (En *Estudios de Derecho*, número 14. Medellín, 1943).

Consideraciones Relativas al Control de Cambios, por Alvaro Camargo Patiño. (Tesis de grado de la Facultad Nacional de Derecho. Bogotá, 1944).

Constitución Nacional, Código Civil y Leyes Colombianas.