

Edición Homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe,
UNL, Santa Fe, 2005

El principio de orden público en la teoría general del contrato

Benjamín P. Piñón

Decano. Profesor titular de Derecho Civil I

1. Exordio

Ser convocado para escribir un estudio sobre un tema referido a la Teoría General del Contrato, en homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, significa más allá de la distinción que ello importa, incursionar en campos donde el lúcido jurista santafesino ha volcado sus preferencias de investigación, logrando aportes de real valía a la doctrina nacional e internacional, que hoy y aquí reconocemos con justicia.

Además, cincuenta años de docencia universitaria capacitando profesionales del derecho, defensores de la libertad y la justicia, es motivo de orgullo para la Universidad que lo formó y luego tuvo el privilegio de que se constituyera en un referente de la civilística contemporánea, enriquecedor de la literatura jurídica argentina.

En junio de 1939, el Dr. Héctor Lafaille le remitió una carta al Dr. Alfredo Orgaz donde le decía: «Si algún día llegara a encontrarme con ideas hechas sobre todos los problemas e impermeables a los argumentos ajenos, creo que la vida carecería para mí de su mejor atractivo, porque habría perdido la facultad de pensar».

Esta reflexión del Maestro Héctor Lafaille me lleva a volver sobre un tema, el principio de orden público, sobre el que jamás habrá «ideas hechas sobre todos los problemas e impermeables a los argumentos ajenos».

Digo volver, pues ya lo hice anteriormente, y por ser un tema tan opinable, su estudio nos presenta un abanico de ideas diversas, hasta enfrentadas, que a veces por razones, que ya veremos, suelen coincidir.⁽¹⁾

⁽¹⁾ Piñón, B. P.: «orden público» en J.A. t.1995–III–812, estudio que fue la base de la ponencia presentada en el IX Encuentro de Abogados Civilistas (Paraná 1995). Tema 1 *orden público–Alcances y Funciones Actuales* habiendo sido copresidente de la misma con el Dr. Roberto H. Brebbia. Sus conclusiones pueden verse en Brebbia, R.H.: *Instituciones de Derecho Civi*, T. I, Juris. p. 86, 1997.

2. El orden público

La relación jurídica es el vínculo intersubjetivo de contenido muy variable, originado en la voluntad de las personas o por imperio de la ley pero, a veces aun en estos casos puede ser modificada por ellas (contratos, reparación de daños).

Son sus fuentes los hechos y actos jurídicos, definidos por Velez Sársfield en los artículos 896 y 944 del Código Civil en conceptos que, más allá si es conveniente que un Código contenga ellas, han perdurado en la doctrina nacional y comparada demostrando su acierto. Dentro de los actos jurídicos patrimoniales, el contrato constituye una de sus especies más trascendente.

No es tema de este estudio analizar su concepto y las distintas teorías (restrictiva, amplia, intermedia), siguiendo el criterio de nuestro homenajeado, incluimos a todos los actos jurídicos bilaterales y patrimoniales que crean, transmitan o extingan derechos personales, reales o intelectuales.⁽²⁾

No obstante que el artículo 1137 del Código Civil nos habla de personas, debió referirse a partes, pues estas son centros de interés que pueden estar integradas por varias personas. En una compraventa hay dos partes, la vendedora y la compradora, pero cada una de ellas puede estar integrada por más de una persona humana o ideal.

Las partes deben ponerse de acuerdo en una declaración de voluntad común destinada a reglar derechos patrimoniales. Decir contrato, es decir acuerdo generador de obligaciones que constituye su esencia.

Los efectos de los negocios jurídicos en general, y de los contratos en particular, reconocen como causa inmediata la voluntad de las partes, que De Ruggiero y Maroi llaman dogma de la autonomía de la voluntad y la califican como gloria de la ciencia pandectística alemana. Ese dogma es considerado en nuestro país un principio general del derecho de fuente constitucional (xvi Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1997).

La doctrina francesa le atribuye ser uno de los fundadores del orden civil⁽³⁾ y, actualmente integra los Principios de UNIDROIT.

La autonomía de la voluntad está muy restringida en materia de derechos de familia y de derechos reales. Su principal presencia la vemos en materia de obligaciones y por consiguiente de contratos, con las limitaciones que constituyen el objeto de este estudio.

Autonomía viene del griego autos (para sí) nomos (norma, regla): regla dada para sí mismo. La autonomía privada está limitada por el interés social, pero el establecimiento de esos límites, valga la repetición, está a su vez sujeto a límites (constitucionales).

No puede, sin embargo, desconocerse en nuestros días la recepción de los principios generales de la solidaridad, de prevalencia del derecho social, de la protección a la parte débil en la contratación, de la protección al consumidor, que buscan remedio a la

⁽²⁾ Mosset Iturraspe, J.: *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 2 y ss. Compagnucci De Caso, R.: *El negocio jurídico*, cap. 1, Astrea, 1992. Calegari de Grosso, L.: *Contratos-Parte General*, t. 1, análisis de casos de donde extrae un concepto actual del contrato. Abeledo-Perrot, 2000.

⁽³⁾ Mazeaud, H. J. y L.: *Lecciones de derecho civil Parte 1*, Vol. I, L. Alcalá-Zamora y Castillo (trad.), EJE, 1959, p.243. Betti, E.: «Teoría General del Negocio Jurídico», A. Martín Pérez (trad.), en *Revista de derecho privado*, Madrid, 1943, p. 85. Llamas Pombo, E.: *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil, El positivismo lógico de la Ciencia de Pandectas*. Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 172.

desigualdad en que se encuentran los contratantes, debido a la dislocada economía que nos ha tocado vivir.

Muchas veces por la necesidad extrema de proteger al contratante de buena fe y a título oneroso, el derecho moderno encontró un equivalente a la voluntad inexistente o defectuosa y él es «el riesgo por la confianza inculposa ajena».⁽⁴⁾

Las nuevas ideas, incorporadas al derecho positivo por la ley 17711, con el fortalecimiento de la protección a la buena fe contractual, brillan en el pensamiento jurídico actual.

Sin embargo, todos los contratos, aun los más variados, tienen un elemento esencial constante: el acuerdo de voluntad de las partes. Pero esa voluntad, esa autonomía de la voluntad no es ilimitada y se encuentra restringida por los principios de orden público y buenas costumbres (artículo 21 Código Civil).

Aquí llegamos al tema elegido: qué se entiende por orden público, es o no es lo mismo que leyes imperativas o indisponibles; subsume o no la idea de buenas costumbres; cuál sería la sanción a su violación; depende de la voluntad del legislador establecer ese carácter o existe un límite a aquel.

Todo ello es opinable y recordando a Héctor Lafaille, nunca habrá ideas hechas e impermeables a los argumentos ajenos.

Antes de definir o dar un concepto de orden público digamos que él existe en las diferentes ramas del derecho, tanto público como privado. Por ello es poco posible dar uno global, pues si es difícil definirlo, improbable será dar un concepto totalizador.⁽⁵⁾ En materia contractual no es solo un límite a la autonomía de la voluntad, sino que persigue salvaguardar las esencias fundamentales de las instituciones jurídicas, logrando su buen funcionamiento.

Se habla también de orden público interno y orden público internacional, con importancia en derecho civil para posibilitar la aplicación de la ley extranjera.

En nuestro país donde la «inflación legislativa» es tan numerosa, sea por leyes o por los llamados decretos de necesidad y urgencia (artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional), de los que tanto se abusa; la invocación del orden público, casi siempre presente, le hace perder, muchas veces, seriedad.

Será el juez en definitiva quien determinará si una norma legal es de orden público y aun, en caso de serla, si todas sus disposiciones o solo algunas tienen ese carácter. No le resultará imprescindible decretar la inconstitucionalidad de la declaración del legislador, cuando la haga de algunas de las disposiciones de la norma. Estará haciendo una interpretación de ella.

⁽⁴⁾ Santoro Passarelli, F.: «Doctrinas Generales del derecho civil», A. Luna Serrano (trad.), en *Revista de derecho privado*, Madrid, 1964, p. 170 y 171. El autor considera que la ley, de acuerdo con el principio de la solidaridad, deduce el riesgo del declarante por la confianza sin culpa (no imprudente, no negligente) del destinatario de la declaración, que lo considera un equivalente de la voluntad inexistente o defectuosa. Piñón, B. P.: «El acto jurídico en el Código Civil argentino, luego de su reforma por ley 17711», en *Revista del Notariado* N° 744 y su separata, año 1975, donde desarrolla ese pensamiento.

⁽⁵⁾ Martínez Paz, E.: «El concepto de orden público en el derecho privado positivo», *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*. 1942, N°5, p. 664. Llambías, J. J.: *Derecho civil-Parte General*, t. I, N° 184, Perrot, 1982, p.158. Borda, G.: *Derecho civil-Parte General*, t. I, N° 45. Perrot, 1970, p. 59. Busso, E.: *Código Civil Anotado*, t. I, artículo 21, Ediar, 1944, p. 187.

La determinación del carácter de orden público es competencia del legislador, pero el juez puede inducirle tal carácter mediante una interpretación sistemática y contextual del ordenamiento por resolución fundada.⁽⁶⁾

Al abordar su definición nos viene el recuerdo del marqués de Vareilles Sommrieres con su pensamiento, intentarlo es «un verdadero suplicio para la inteligencia» o de Eugenio Osvaldo Cardini⁽⁷⁾ que nos hace las citas de Bardin «el orden público es un enigma» y de Japiot cuando afirma que el orden público «debe gran parte de su majestad al misterio que lo rodea».

Para muchos no es necesario definirlo, se lo tiene como un valor entendido, como *jus receptum*. Por ello afirman que todos sabemos qué se quiere decir.

En mi ponencia presentada en el IX Encuentro de Abogados Civilistas (Paraná, 1995), sobre el tema I «Orden público—Alcance y funciones actuales» que por mi sugerencia integró el temario, lo definí diciendo: «El principio de orden público tiene un contenido elástico y variable en el tiempo, su concepto no es unívoco y, en sentido amplio, comprende las bases esenciales del ordenamiento jurídico, social y económico de un país en un momento de su evolución histórica».⁽⁸⁾

Decimos que su contenido no es unívoco, pues tiene matices diferentes según lo pensemos en el derecho civil, comercial, laboral, penal, internacional, tributario, entre otros.

Su contenido es variable según las distintas concepciones por su grado de «elasticidad», una norma quedará o no comprendida como una limitación a la voluntad de las partes. A raíz de ello, los códigos de tipo germánico prefieren hablar de leyes imperativas y buenas costumbres.

Los códigos latinos «afrancesados» como el nuestro lo acogieron expresa o implícitamente (artículo 21 Código Civil Argentino y artículo 6 Código Civil Francés), como la mayoría de los decimonónicos.

El Código Italiano, en su artículo 1343, considera ilícita la causa cuando se contraría a la norma imperativa, al orden público o buenas costumbres.

El principio de orden público, en cuanto a su contenido, no es inmutable a través del tiempo. Hemos dicho que comprende las bases esenciales del ordenamiento jurídico, social y económico de un país en un momento de su evolución histórica. Ellas van cambiando a medida que evoluciona la sociedad a la que van a regir. Así tenemos principios básicos y de orden público de nuestro Código Civil, como la indisolubilidad del vínculo matrimonial, que por la ley 23515, al establecer el divorcio vincular, consagró el criterio contrario.

En un erudito y citado estudio, Mónica Fresneda Saieg, David Fabio Esborraz y Carlos Alfredo Hernández clasifican las normas de orden público, entre otras, en elásticas e inelásticas.⁽⁹⁾

⁽⁶⁾ Brebbia, R.H.: *op. cit.*, p. 84 y ss. Rivera, J.C.: *Instituciones de derecho civil—Parte General*, t. I, Abeledo—Perrot, 1992, p. 100 y 101. Piñón, B. P. ver (1) y ponencia acogida en el punto 4 del mencionado IX Encuentro: La determinación del carácter de orden público es de competencia del legislador. El juez puede inducir este carácter mediante una interpretación sistemática y contextual del ordenamiento, debiendo en este caso fundar esta decisión (Aprobado por unanimidad).

⁽⁷⁾ Cardini, E.O.: *Orden público*, Abeledo—Perrot, 1959, p. 7. Autor que cita a Bardin en *Etudes du droit international privé*, París, 1919, p. 210; y a Japiot: *Des nullités en matière d'actes juridiques*, París, 1909, p. 902.

⁽⁸⁾ Piñón, B. P.: *op. cit.* (1).

⁽⁹⁾ Fresneda Saieg, M.; Esborraz, D.F. y Hernández, C.A.: «La norma de orden público y su funcionamiento» en E.O. T. 166—839.

Las primeras por sus características perduran en el tiempo, como son las normas de orden público de protección a los incapaces o al consumidor decimos, por ejemplo, cuando se refieren a los contratos de adquisición (artículo 1, inciso a, ley 24240) en los que se consideran comprendidos diferentes negocios y no solo la compraventa. Los autores citados hablan de una interpretación extensiva.

Las segundas, las inelásticas, rigiendo por un tiempo determinado, limitado, son generalmente muy rígidas y las veremos al analizar el orden público económico.

3. El orden público económico

Hemos dicho que el principio de orden público se presenta con caracteres diferentes en cada una de las ramas del derecho, por ello no podemos dejar de referirnos al orden público económico, en momentos en que nuestro país atraviesa la más grave emergencia de su historia.

La emergencia es un hecho que pone en peligro el orden económico-social de una Nación. Frente a ella se dictan normas calificándolas de orden público, a veces con ligereza.

No hay duda de que la legislación de ese carácter se justifica en la mayoría de los casos, pero hay que tener en cuenta, entre otros aspectos esenciales, los siguientes:

- a) que los derechos y garantías constitucionales son establecidos por la ley fundamental con carácter de normas de orden público y con una jerarquía superior a las dictadas invocándose la emergencia económica. Estas no pueden desvirtuar aquellas pues serían inconstitucionales.
- b) que los jueces deben analizar si la invocación de la emergencia no es arbitraria, si se prolonga en el tiempo y si las normas total o solo parcialmente merecen la calificación de orden público.⁽¹⁰⁾

Las normas que se dictan en estos periodos, muy rígidas, de una vigencia limitada, no son aisladas sino que crean un microsistema por fuera del Código Civil, que obligan al juez o a quien las aplica a una interpretación conjunta y coordinada de todas ellas.

Desde mediados del siglo xx se viene afirmando la idea de que existe un orden público de protección y otro de dirección.⁽¹¹⁾

El orden público de protección está constituido por normas que tutelan ciertos intereses, particulares, cuando la sociedad concede a estos especial trascendencia (ej. incapaces de obrar).

El orden público de dirección está constituido por normas que resguardan lo esencial del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta el interés público.⁽¹²⁾

⁽¹⁰⁾ Ver cita (6) y XIV Jornadas Nacionales de derecho civil, S.M. Tucumán, 1993.

⁽¹¹⁾ Enciclopedia Dalloz: *Ordre Public et Bonnes Moeurs*, nota de Jean Hauser. Piñón. B. P. en *op. cit.* (1) y voto de la Dra. A. Kemelmajer de Carlucci en Sup. Corte Just. Mendoza, J.A t. 2004-432. El IX Encuentro en el punto 7 resolvió por mayoría: «Existen un orden público de protección y otro, de dirección. El orden público de protección está constituido por normas que tutelan ciertos intereses particulares cuando la sociedad les concede a estos especial y fundamental trascendencia. El orden público de dirección está constituido por normas que resguardan el buen funcionamiento de las instituciones jurídicas esenciales».

⁽¹²⁾ Piñón, B. P., en *op. cit.* (1), desarrolló la distinción entre contratos sugeridos; controlados y prohibidos.

La emergencia económica, lamentablemente tan frecuente a fines del siglo xx y comienzos del xxi, ha producido que pensamientos liberales y dirigistas lleguen a soluciones parecidas partiendo de ideas opuestas.

Contratos sugeridos, controlados y prohibidos son impulsados por esas ideas teniendo en cuenta casi siempre razones fiscales y de protección a la parte débil del contrato. A los sugeridos se los regula haciéndolos más atractivos, teniendo en cuenta la finalidad mencionada.

Los controlados son contratos en los que los entes recaudadores siguen sus vicisitudes. La autonomía de la voluntad aparece restringida por normas imperativas, llegando a imponer la bancarización del pago, y los requisitos a los que deben ajustarse los cheques. Los contratos prohibidos son los que no se pueden celebrar. Junto con los controlados, los vemos establecidos tanto impere el orden público neoliberal o el orden público dirigista. La emergencia económica aproxima, en las soluciones estas dos concepciones tan opuestas del pensamiento.

El orden público es un principio inmutable en su concepto, pero no en su contenido. Por ello para muchos es mejor no intentar definirlo, lo consideran un valor entendido, reiteramos *jus receptum*. Para qué hacerlo, si se sabe lo que se quiere decir.

Hoy también se habla de un orden público económico de coordinación, al decir de Atilio Alterini, atenuando en la economía de mercado, la firme dirección estatal.⁽¹³⁾ Las conducciones económicas en nuestros días son, en mi opinión, pragmáticas y por ello la regulación o dirección estatal de los contratos varía de acuerdo con las variables internas o externas.

4. La regla de las buenas costumbres

El artículo 21 del c.c. nos habla de que las convenciones particulares deben observar las leyes en que estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

Ya hemos dicho qué entendemos por orden público, pensamos que la regla de las buenas costumbres consagra normas morales de comportamiento humano, que no son jurídicas pese al reenvío que hace el legislador.⁽¹⁴⁾

Las buenas costumbres son normas morales que rigen la sociedad donde se celebra y tendrá vida el contrato. Son normas éticas dominantes en el medio social.

El contrato puede ser inmoral por los fines o por su contenido. Por los fines entramos a la problemática causa, con una variedad de opiniones, que excede este estudio, pero no obstante creemos que ella tiende a la moralización de las relaciones jurídicas, y, por ello, adherimos a darle relevancia.

Por su contenido, el límite de las buenas costumbres permite que los contratos sean equitativos, considerando la equidad como el ideal de justicia en un caso concreto. Al

⁽¹³⁾ Alterini, A. A.: *Contratos civiles, comerciales de consumo. Teoría general*, Abeledo-Perrot, 1998, p. 49.

⁽¹⁴⁾ Santoro Passarelli, F.: *op. cit.*, pp. 220 y 221. El autor afirma que el acto es contrario a las buenas costumbres cuando es repudiado por la conciencia social. La regla de las buenas costumbres es de carácter no jurídico y siempre tal a pesar del reenvío que el legislador hace de ellas y de la solvencia jurídica que le confiere la norma que establece la ilicitud del negocio que las contrarió. Efectúa una numerosa cita de autores que estudiaron del tema.

decir de Santos Cifuentes, inspiró instituciones como el abuso del derecho, la lesión subjetiva–objetiva y la teoría de la imprevisión.⁽¹⁵⁾

Si el concepto de orden público fue cambiando con el correr de los años, la noción de buenas costumbres también evolucionó. Creemos que el límite de lo prohibido o contrario a ellas ha retrocedido. Muchos contratos impensables por su objeto hace unos años, hoy son aceptados. Será el juez, al juzgar, si es contrario o no a ellas, teniendo en cuenta las costumbres de su tiempo. La distinción entre orden público y buenas costumbres surge también del distinto criterio que debe emplear el juez para analizar si un contrato viola o no esos principios.

Para ver si un contrato viola o no los principios de orden público, debe hacer una valoración objetiva aplicable a todos los casos similares y sin analizar si las partes son de buena o mala fe, sin meritar su comportamiento.

En cambio, como enseña Orgaz, para saber si un contrato está en pugna con las buenas costumbres se deberá hacer una valoración subjetiva, pues se analizará el comportamiento moral de las partes.⁽¹⁶⁾

Así lo sostuve en la oportunidad referida, pues entiendo que son ambas de naturaleza distinta y se aplican en forma diferente.⁽¹⁷⁾

La doctrina, sin embargo, se divide en las teorías monistas y dualista. Creo que es mayoría la monista al sostener que el principio de orden público, por ser una idea más general, si le damos un sentido amplio, comprendería al de buenas costumbres, no obstante, reiteramos, sus diferencias.

5. Ley imperativa

Hemos dicho que los códigos de tipo germánico prefieren hablar de leyes imperativas y de buenas costumbres, atenta la imprecisión del concepto de orden público.

La ley imperativa, llamada también indisponible, es aquella de cumplimiento forzoso cualquiera sea la voluntad de las partes. Ella es sin duda un límite a la autonomía de la voluntad.

Resulta de sumo interés precisar la distinción entre leyes imperativas (no disponibles) y supletorias (dispositivas o disponibles).

Las imperativas son de necesaria aplicación y las particulares no pueden excluirlas de las relaciones jurídicas. Las supletorias sí pueden ser excluidas por voluntad de las partes, pero aquí debemos señalar que si no se pacta su exclusión, son tan obligatorias como las imperativas.⁽¹⁸⁾

En materia contractual, podemos casi afirmar que la regla son las normas supletorias pero, como veremos a continuación, las ideas liberales o dirigistas nos llevan a conclusiones muy opuestas. No resulta fácil al interpretar una ley darle un carácter u otro, sobre todo en épocas de desigualdades sociales marcadas.

⁽¹⁵⁾ Cifuentes, S.: *El negocio jurídico*, Astrea. 1986, p. 167. Orgaz, A.: *Hechos y Actos o Negocios Jurídico*, V de Zavalía. 1963, p. 66.

⁽¹⁶⁾ Orgaz, A.: «Los límites de la autonomía de la voluntad» en *Nuevos estudios de derecho civil*, Bibliográfica Argentina, 1954, p. 348.

⁽¹⁷⁾ Piñón, B. P., *op. cit.* (1).

⁽¹⁸⁾ López, A.; Montes, V. I. (dir.) *Derecho civil – Parte General*, 2 edic., Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 570 y 571.

Coincidimos en el Encuentro de Paraná⁽¹⁹⁾ que ley de orden público no es sinónimo de ley imperativa. Pues si bien toda ley de orden público es imperativa, no toda ley imperativa es de orden público, como lo afirma Julio César Rivera con su acostumbrada lucidez.⁽²⁰⁾ La ley imperativa, a veces, protege intereses privados y no de la sociedad toda. Las leyes que protegen a los incapaces de hecho (menores, dementes), por no referirse a intereses públicos originan nulidades relativas.

Los principios de orden público y buenas costumbres ingresan al derecho positivo a través de leyes imperativas.

Enrique M. Pita, en un magnífico estudio titulado «La nulidad parcial del Contrato» nos enseña que en caso de que la nulidad parcial de un contrato es dispuesta por ley, esta puede, por lo que se ha dado en llamar «normas imperativas sustitutas» o «cláusulas de salvaguardia», reemplazar las articulaciones inválidas por otras impuestas por ellas.⁽²¹⁾

Cita como ejemplos en nuestro Código, los casos de venta de cosa parcialmente inexistente (artículo 1328), de donaciones de bienes presentes y futuros (artículo 1800) o de los plazos máximos y mínimos en materia de locaciones (artículos 1505 y 1507 y artículo 2 de la ley 23091). Nos recuerda el segundo párrafo del artículo 1419 del Código Civil Italiano que dispone expresamente: «la nulidad de las cláusulas singulares no importará la nulidad del contrato cuando las cláusulas nulas sean sustituidas de derecho por normas imperativas».

Pita nos demuestra la fuerza de las normas imperativas, limitando la libertad contractual, pero a la vez que invalida parcialmente «salva» jurídicamente el contrato sustituyendo la voluntad de las partes.

6. Sanción por la inobservancia de los límites a la autonomía de la voluntad

La sanción que recae sobre los contratos que no observan los límites de la autonomía de la voluntad, es su nulidad.⁽²²⁾

Entendemos por nulidad la sanción legal que priva a un acto jurídico (contrato), de sus efectos normales, por la existencia de un vicio originario.

La nulidad puede ser absoluta o relativa. Será absoluta cuando el interés protegido y violado en el contrato sea el general, de la sociedad toda, el interés colectivo. Será relativa cuando el protegido sea el interés particular, privado.

Con el concepto que hemos dado, cuando un contrato viole el interés social, cuando sea contrario a la moral y buenas costumbres, su nulidad será absoluta y en consecuencia, inconfirmable. El juez la podrá declarar de oficio cuando el vicio esté manifiesto, su acción es imprescriptible y podrá ser pedida por el Ministerio Fiscal y los particulares interesados. Cuando el interés protegido es el privado, aunque la norma sea imperativa (protección

⁽¹⁹⁾ IX Encuentro, resolvió, por mayoría, en su punto 3: «No son sinónimos: ley de orden público y ley imperativa, pues si bien toda ley de orden público es imperativa, no toda ley imperativa es de orden público».

⁽²⁰⁾ Rivera, J.C., *op. cit.*, p. 101.

⁽²¹⁾ Pita, E. M.: La nulidad parcial del contrato (en los contratos en general y en los contratos de consumo, en *Edición Homenaje al Dr. Benjamín Pablo Piñón*, UNL-FCJS, 2004, p. 203.

⁽²²⁾ Brebbia, R. H.: *Hechos y Actos Jurídicos*, t. 2, Astrea, 1995, p. 555. Zanon, E.: *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, 1986. p. 201. Lloveras de Resk, M. E.; *Tratado Teórico-Práctico de las nulidades*, Depalma, 1985, p.35. Albadalejo, M.: *Derecho civil*, t. 1, vol. 2, Bosch, Barcelona. 1980, p. 444.

de incapaces de hecho), la nulidad será relativa. Por lo tanto su acción será prescriptible, no podrá ser declarada por el juez de oficio, ni podrá solicitarla el Ministerio Fiscal, será confirmable y solo podrá accionar la parte cuyo interés la ley tuvo en mira proteger.

Se impone una aclaración, todo contrato que viole un interés particular, mediatamente afecta el interés general. No podemos decir que la protección de los menores e insanos no interese a la sociedad toda. A la inversa, una protección del interés social no puede dejar de pensar en los particulares.

Lo que interesa es el interés predominante, el inmediato, si es el de la sociedad toda la nulidad será absoluta. Si es preferentemente el de ciertas personas, la nulidad será relativa. Para los supuestos de nulidades parciales debemos tener presente las lúcidas reflexiones de Enrique M. Pita, que acogimos en el número anterior.

7. Conclusiones

- a) El principio de orden público tiene un contenido elástico y variable en el tiempo, su concepto no es unívoco y, en sentido amplio, comprende las bases esenciales del ordenamiento jurídico, social y económico de un país en un momento de su evolución histórica.
- b) El principio de orden público tiene una fuente legislativa y otra judicial.
- c) La autonomía privada está limitada por las normas de orden público y el principio de las buenas costumbres, que se incorporan al derecho positivo argentino por medio de las leyes imperativas.
- d) Existe un orden público de protección y otro de dirección.
- e) El orden público económico provoca la existencia de contratos sugeridos, controlados y prohibidos.
- f) Las reglas de las buenas costumbres constituyen normas éticas, morales, de comportamiento humano dominantes en el medio social.
- g) Las reglas de buenas costumbres son de naturaleza y aplicación diferentes de las de orden público.
- h) Las leyes imperativas (indisponibles) son de necesaria aplicación y los particulares no pueden excluirlas de las relaciones jurídicas.
- i) El no cumplimiento de los límites de la autonomía de la voluntad origina la nulidad del contrato, que podrá ser absoluta o relativa, total o parcial.