

**EL ORDEN PÚBLICO ACTUAL COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA
DE LA VOLUNTAD EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA**

Por D. ÁNGEL ACEDO PENCO
Profesor Asociado de Derecho Civil

SUMARIO

1. EL ORDEN PÚBLICO: JUSTIFICACIÓN DE SU ESTUDIO
2. SENTIDOS DEL TÉRMINO
 - 2.1. SENTIDO AMPLIO, ANTIGUO O VULGAR
 - 2.2. SENTIDO RESTRINGIDO, TÉCNICO O NUEVO
3. ORÍGENES DEL CONCEPTO
4. FIGURAS AFINES
 - 4.1. ORDEN PÚBLICO E INTERÉS PÚBLICO
 - 4.2. ORDEN PÚBLICO Y LEYES IMPERATIVAS
 - 4.3. ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES
 - 4.4. ORDEN PÚBLICO Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO
5. CARACTERES DE LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO
 - 5.1. JURIDICIDAD
 - 5.2. OBJETIVIDAD
 - 5.3. REFLEJO DE LA REALIDAD SOCIAL IMPERANTE
 - 5.4. EXCEPCIONALIDAD
 - 5.5. DINAMICIDAD Y FLEXIBILIDAD
 - 5.6. FIJACIÓN JURISPRUDENCIAL
 - 5.7. FUNCIONALIDAD NEGATIVA: LIMITACIÓN A LA VOLUNTAD
 - 5.8. CARÁCTER POSITIVO: PROMOTOR DE DERECHOS
6. ÁMBITO DE PROTECCIÓN: LA PERSONA Y LOS DERECHOS HUMANOS
7. BREVE REFERENCIA A LA *DRITTWIRKUNG*
8. EL CONTENIDO DEL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA RECIENTE
9. EL LLAMADO ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO
10. EN ESPECIAL EL ORDEN PÚBLICO FAMILIAR
11. EL ORDEN PÚBLICO EN LAS NORMAS CIVILES
 - 11.1. EL CÓDIGO CIVIL
 - 11.2. LA LEY DE ARBITRAJE DE 1988
 - 11.3. OTRAS NORMAS DE INTERÉS PARA EL DERECHO CIVIL
12. EL ORDEN PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA
 - 12.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
 - 12.2. TRIBUNAL SUPREMO
 - 12.2.1. Sentencias que simplemente niegan el carácter de orden público de determinadas instituciones civiles
 - 12.2.2. Sentencias que simplemente afirman el carácter de orden público de determinadas materias civiles
 - 12.2.3. Sentencias que se pronuncian sobre el alcance de la noción de orden público
 - 12.3. AUDIENCIAS PROVINCIALES
 - 12.4. DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO
13. CONCLUSIONES

1. EL ORDEN PÚBLICO: JUSTIFICACIÓN DE SU ESTUDIO

La doctrina civilista española ha intentado en algunas ocasiones, muy pocas por cierto, y con escaso éxito casi siempre, aproximarse a una noción precisa de orden público¹ alentada seguramente, entre otros aspectos, por la enorme importancia que reviste aquélla a la hora de configurar los límites de la autonomía privada en las relaciones jurídicas entre los particulares.

Ha de advertirse, ya desde aquí, la enorme dificultad que entraña el propio término que hace que no sea tarea fácil definir, específicamente dentro del campo del Derecho privado, con alguna precisión, lo que puede entenderse por orden público.

Federico De Castro se pronunció al respecto, en uno de sus últimos trabajos, exponiendo que, desde la aparición de la noción, los civilistas «se han visto y se ven forzados a la tarea ingrata, difícil, quizá imposible, de explicar y definir lo sea el orden público» recogido en el articulado de los Códigos civiles², expresión que da una idea de la dificultad de la empresa.

¹ Resalta recientemente esta cuestión Gordillo Cañas recordando que aquellos que más han destacado en el esfuerzo de lograr una definición exacta del concepto de orden público son precisamente los que han concluido reconociendo la inviabilidad del propósito, siendo ello lógico dado el carácter de concepto válvula que tiene en Derecho privado el de orden público, concepto útil para este autor cuya ventaja radica justamente en su indeterminación. Cfr., «Orden público. Derecho Civil» (voz), *Enciclopedia Jurídica Básica Cívitas*, vol. III, dirigida por Alfredo Montoya Melgar, Madrid, 1995, págs. 4635-4637.

² De Castro y Bravo, F., «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, vol. IV, págs. 1021 y ss. Por otra parte, De Castro recoge algunas de las curiosas expresiones que la doctrina ha utilizado para resaltar esta dificultad y ese carácter «enigmático y desconcertante» de la noción. Así indica que «tratar de definir el orden público es aventurarse en arenas movedizas», «un suplicio para la inteligencia» (expresión ésta de Vareilles-Sommieres), «cabalgar en un caballo fogoso que nunca sabe donde llevará», «parágrafo cauchú», o «caminar por un camino cubierto de espinas», en «Notas», cit., págs. 1022-1023. Por su parte, Navarro (*La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*, Madrid, 1972, pág. 75), cita la expresión de Lariccia para quien el orden público es «una de las nociones más atormentadoras de la dogmática jurídica». El mismo autor relata, igualmente, ya la clásica expresión de Aubry de comparar gráficamente el orden público con lo que se entiende en el campo de la medicina por la difusa expresión «enfermedad de los nervios» (*ibidem*, pág. 76). También Malaurie llegó a afirmar que el orden público es un *sujet téméraire* (cfr., *L'ordre public et le contrat*, Reims, 1952, pág. 3). Aunque hemos de hacer justicia y citar también a un autor de prestigio como Ferri, por cierto de los que más ha estudiado el tema en la doctrina italiana, que se muestra decididamente contrario a que el concepto de orden público sea tenido por oscuro e indescifrable [en «Ordine pubblico (diritto privato)», *Enciclopedia del diritto*, XXX, 1980, pág. 1040].

Quizá sea por este motivo, o al menos uno de ellos, por el que la doctrina española, al contrario que la francesa³, por ejemplo, y salvo muy contadas, aunque notables, excepciones⁴, haya dedicado muy pocos trabajos específicos a este tema⁵.

No obstante la profunda y constante revisión que sufre (o goza) la noción de orden público, desde su aparición, blanco de infinidad de ataques de los más variados signos, y de las más encontradas interpretaciones, sobre su definición, naturaleza, caracteres, funciones, contenido, etc., es de considerar que la legitimidad de su propia existencia no ha sido nunca cuestionada⁶, lo que da una muestra de su oportunidad y necesidad. Se ha enfatizado incluso, por algún

³ En este sentido, en la doctrina francesa pueden destacarse los trabajos de Julliot de la Morandierie, *L'ordre public en droit civil interne*, Etudes Capitant, París, 1939; Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, Reims, 1952, citado en la nota anterior; Mallet, *De la relativité de la notion d'ordre public*, en *Annales des loyers*, 1955; Pascanau, *L'ordre public par rapport aux transformations du droit civil du droit civil*, París, 1937, y Simón, *L'ordre public*, Rennes, 1941. Importantes estudios franceses de derecho comparado son los de Tallón, *Considerations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais*, en *Mélanges offerts à R. Savatier*, París, 1965, y también de Malaurie, *Les contrats contraires à l'ordre public* (Etude de Droit civil comparé dans France, Angleterre et URSS), Reims, 1953. También, para el derecho belga, Harven, «Contribution à l'étude de la notion d'ordre public», *Rev. crit. de droit belge*, 1954; un estudio en el derecho alemán, Simitis, M. K., *Gutte Sitten un «ordre public»*, Marburg, 1960; en el derecho italiano Ferri, G. B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, junto con Lonardo, *Ordine pubblico e illecità del contratto*, Napoli, 1993, y, por último, un trabajo sobre el derecho norteamericano en esta materia es el de Henry Hackett, J., *The Concept of Public Order*, Washington, 1959. En este sentido y a mayor abundamiento, Espín Cánovas, en «Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites a la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa», *Anuario de Derecho Civil*, 1963, pág. 818, resalta la existencia de numerosos trabajos monográficos acerca del orden público, sobre todo tesis doctorales, que se vienen realizando en la doctrina francesa reciente, dado el extraordinario interés que ha despertado esta materia entre las figuras más representativas del Derecho privado.

⁴ Los trabajos más interesantes que hemos encontrado en la doctrina española, desde nuestro punto de vista, sobre el tema del orden público, aunque no los únicos, han sido elaborados por De Castro y Bravo, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», cit.; Doral García, José Antonio, *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Pamplona, 1967, única monografía patria sobre el tema; Espín Cánovas, «Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites a la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa», cit., págs. 738 y ss., y también de interés en buena medida para el Derecho civil, con un enfoque constitucional actualizado y siguiendo muy cercanamente a Doral, el de Calvo Álvarez, *Orden público y Factor religioso en la Constitución española*, Pamplona, 1983. También puede destacarse el reciente e interesante trabajo de Luna Serrano, «El límite del orden público en la constitución de las servidumbres prediales», publicado en 1996 en el Tomo XXXV de los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, págs. 279 y ss.

⁵ Espín Cánovas, en «Ideas sociales reflejadas en el Código civil español (Derecho flexible)» en *Centenario del Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho civil, Madrid, 1990, pág. 834, destaca de nuevo en este reciente trabajo esta falta de atención de la doctrina civilista española por el orden público, extremo que ya puso de relieve, hace ahora treinta años, en «Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites a la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa», cit. (pág. 818) su anterior trabajo sobre el tema.

⁶ Cfr., Navarro Vals, R., *Divorcio: Orden público y matrimonio canónico. Eficacia en España de las sentencias extranjeras de divorcio*, Madrid, 1972, pág. 78.

autor, al respecto, que suprimir el orden público sería negar la propia existencia misma del Derecho civil⁷.

Pese a la apuntada dificultad consideramos conveniente y, sobre todo, clarificador, al menos en el intento, hacer una breve aproximación sobre la noción de orden público en la actualidad, no de manera exhaustiva, ni con objeto de aportar extraordinarias soluciones a la complejidad de tan significativo problema, pero sí suficiente, al menos, para aportar algo de luz e intentar darnos una idea válida acerca del alcance de esta noción en cuanto límite a la autonomía de la voluntad de la actuación de los particulares.

2. SENTIDOS DEL TÉRMINO

Aunque el orden público ha sido estudiado tradicionalmente dentro de la parte general del Derecho civil es también un concepto fundamental para otras disciplinas jurídicas⁸.

Quizás sea por ello por lo que el término se preste a un habitual confusionismo, tanto en los textos normativos como en la doctrina, pero lo cierto es que bajo la misma expresión «orden público» se pueden entender, básicamente, dos sentidos bien distintos.

2.1. SENTIDO AMPLIO, ANTIGUO O VULGAR

En el lenguaje usual el término orden público hace referencia a los disturbios, alborotos o sucesos que trascienden del ámbito particular y alteran la normalidad de la paz ciudadana. Este es el, al menos, el significado que viene a recoger el Diccionario de la Real Academia de la Lengua⁹.

Advierte De Castro la sorprendente desconexión que existe entre el lenguaje usual y el acogido en el Código civil¹⁰, sorpresa que se incrementa al contemplar cómo en otros instrumentos legales se usa el mismo término orden público con

⁷ Cfr., Aguilar Navarro, «El orden público en el Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1953, pág. 49, para quien el Derecho civil debe ser fiel reflejo de la particular forma de ser de cada país, aunque hemos de matizar que tan tajante afirmación seguramente vaya referida más bien al campo del Derecho internacional privado.

⁸ El orden público es una de las nociones básicas del Derecho internacional privado, también importante para el Derecho administrativo, estando presente, además, en el Derecho procesal y en el Derecho penal. Aunque el tratamiento privatista le confiere un cierto sentido unitario no puede desconocerse que su uso por las diferentes ramas del Derecho ha hecho que su significado sea habitualmente análogo, pero no idéntico. Cfr., Calvo Álvarez en *Orden público y Factor religioso en la Constitución española*, cit., pág. 36.

⁹ Por orden público entiende el *Diccionario* citado: «Situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protesta». Cfr., 21.ª edición, Madrid, 1992, pág. 1051.

¹⁰ Especialmente en los arts. 6 y 1.255 del Código civil.

su significado popular anteriormente referido. A este sentido lo denomina antiguo o vulgar¹¹.

Este significado está más próximo al Derecho público y especialmente al Derecho administrativo y es también denominado orden público material¹² debiendo destacarse, especialmente desde esta perspectiva publicista, como hace la doctrina, el notable fraccionamiento que viene sufriendo la noción¹³, así como la peligrosa ampliación de su contenido¹⁴.

2.2. SENTIDO RESTRINGIDO, TÉCNICO O NUEVO

La concepción estricta del orden público, más compleja que la anterior, se manifiesta, generalmente, como límite a la voluntad de los particulares y suele ser una cláusula de cierre del Ordenamiento jurídico en manos de los jueces¹⁵.

¹¹ Se refería este mismo autor al viejo sentido del concepto utilizado en las antiguas leyes de orden público de 20-23 de abril de 1870; así como de 30 de julio de 1969 y de reforma del Código penal de 17 de junio del mismo año, y también con idéntico significado a la propia Constitución de 1978. Cfr., De Castro; ob. cit., págs. 1016-1017.

¹² Este sentido del orden público, desde el punto de vista del Derecho administrativo, también llamado *originario*, ha sido estudiado con especial trascendencia por Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, en diversos trabajos: «Notas para la historia de la noción de orden público», en *Bajo el signo de la Constitución* (Estudios de Derecho Público). Colección Administración y Ciudadano, Madrid, 1983, págs. 407-440, publicado igualmente en la *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 36, enero-marzo de 1983; «El orden público como límite –inesperado– al ejercicio del derecho de petición» en *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*, Madrid, 1977, págs. 551 y siguientes; también en sus monografías *Libertad religiosa y orden público*, Madrid, 1970; *Las sanciones de orden público*, Madrid, 1973; *La cláusula de orden público como límite –inesperado y creciente– al ejercicio de los derechos*, Madrid, 1975. Para este autor el orden público es un límite impreciso y creciente al ejercicio de los derechos, que cuando se aplica a la esfera del Derecho administrativo funciona como un instrumento del poder para limitar el ejercicio de los derechos.

¹³ Explica Doral (*La noción de orden público en el Derecho civil español*, cit., pág. 54) que este parcelamiento es la consecuencia del muy variado uso que se hace de la noción hablándose de orden público legal o expreso, virtual o jurisprudencial, administrativo y normativo, y dentro de éste, económico, de dirección, de protección colectiva, procesal; interno; internacional; etc., términos todos con características singulares y que exceden del contenido de la noción clásica de orden público. Relación a la que nosotros añadimos por su importancia aunque con carácter meramente complementario, no exhaustivo, las expresiones de orden público constitucional y orden público familiar.

¹⁴ Para Martín-Retortillo (*Las sanciones*, cit., págs. 70-71) la noción de orden público «sigue sometida a un proceso de generalización, de vulgarización, de trivialización, en definitiva. Quiere ello decir que pasan a considerarse como relacionadas o contrarias al orden público, conductas de menor entidad que antes. Ello hace que se produzca un crecimiento de conductas tales. Ello implica, consiguientemente, un potenciamiento de las actuaciones administrativas» (sic). Por otra parte, comenta Calvo-Álvarez (*Orden público y Factor religioso en la Constitución española*, cit., pág. 37) que la noción de orden público ha dejado de servir, en gran parte, para defender y promover los básicos supuestos fundamentales de la vida social en sus articulaciones más importantes como es la persona, el matrimonio, la familia, etc.

¹⁵ Cfr., Izu Beloso, M. J., «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 58, abril-junio 1988; pág. 234, quien denomina a este sentido orden público formal, de elaboración doctrinal y jurisprudencial; que hace referencia al orden general de la sociedad.

Se refiere a ella el profesor De Castro¹⁶ indicando que debido a la influencia francesa, nuestro Código civil, apartándose de aquél sentido antiguo o vulgar, utiliza ahora una noción de orden público distinta, con un sentido nuevo¹⁷.

Esta noción, la más interesante para el Derecho civil, se refiere genéricamente, al conjunto de principios y valores fundamentales de la comunidad tendentes a conseguir el bien común de la sociedad y será precisamente la que desarrollaremos a continuación.

3. ORÍGENES DEL CONCEPTO

Los antecedentes de la noción de orden público¹⁸, desde el punto de vista del Derecho privado que aquí se estudia, se remontan al Derecho romano, pues son varios los textos del período clásico que aluden a un *ius publicum* imposible de derogar mediante la voluntad privada como recuerda aquella fórmula de que *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*. Los comentaristas reconocen pacíficamente que este *ius publicum* no significa solamente Derecho público, sino que se utiliza en el más amplio sentido de orden público¹⁹.

En el Derecho común, se acentúa esta utilización del *ius publicum* debido a la necesidad de adecuar los viejos textos romanos a los nuevos modos de vida que se enseñaban por parte de los autores de la teología moral y los canonistas²⁰.

¹⁶ Para él este nuevo y más vago sentido empleado en el Código civil es mismo del empleado por el párrafo 1 del artículo 3.º de la vigente Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio, de Libertad Religiosa, cuyo tenor es: «El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y del culto tiene como único límite el derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del *orden público* protegido por la ley en el ámbito de una Sociedad democrática». Cfr., De Castro, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad» cit., pág. 1017.

¹⁷ Un tercer sentido aprecia además De Castro del término que comentamos, el llamado *orden público económico*, que examinaremos brevemente más adelante en otro epígrafe, Cfr., De Castro, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», cit., pág. 1017.

¹⁸ La primera vez que surge en el Derecho positivo español la noción de orden público se refiere al denominado anteriormente sentido material, propio del Derecho administrativo, y es la Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812 la que lo introduce al determinar en su art. 170 que «la potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del *orden público* en lo interior, y a la seguridad del Estado en lo exterior» (noción que proviene de la Constitución francesa de 1791). Posteriormente la figura se reproduce en las siguientes Constituciones de 1845, 1869 y 1876. Fuera de las normas constitucionales el primer texto donde aparece orden público es en el Decreto de 23 de junio de 1813 sobre potestad sancionadora de los jefes políticos (luego gobernadores civiles). Luego le siguieron las conocidas Leyes de Orden Público de 1870, 1933 y 1959, Para un detallado seguimiento del desarrollo normativo de este concepto restringido de orden público puede verse Martín-Retortillo, L., a quien hemos seguido, en «Notas para la historia de la noción de orden público», cit., págs. 411 y siguientes.

¹⁹ Cfr., Comba, «Ordine pubblico», en *Dizionario Pratico del diritto privato*, IV, Milán, 1932, págs. 539-542.

²⁰ De Castro encuadra al orden público dentro de las «cláusulas generales de las leyes», junto con las buenas costumbres, la diligencia del buen padre de familia, la buena fe, el abuso del derecho y

Habiéndose llevado el dogma de la autonomía de la voluntad a sus últimas e injustas consecuencias, era necesario reaccionar frente a la deformación que había padecido aquel principio a cargo de los iusnaturalistas no católicos, frente a la doctrina de los canonistas y los autores de Teología moral que estimaban que tal principio estaba subordinado a las exigencias de justicia y equidad de cada caso concreto²¹.

Y esta reacción fue la invención por parte de los legisladores franceses de la figura del orden público, acogido legislativamente por primera vez en el art. 6.º del Código civil de Napoleón de 1804, al objeto de flexibilizar su rígido articulado y limitar el principio de autonomía de la voluntad proclamada en el mismo código²².

Posteriormente, en la elaboración de la práctica totalidad de los Códigos civiles europeos, incluido el nuestro²³, y algunos americanos, se reproduce, con desigual acierto, esta misma cláusula del orden público²⁴.

4. FIGURAS AFINES

4.1. ORDEN PÚBLICO E INTERÉS PÚBLICO

Entre las nociones afines a la de orden público, quizás sea, inicialmente, la de interés general²⁵, la más próxima a aquélla en cuanto a su significado corriente y aún no jurídico. Este interés general de la Sociedad como sujeto colectivo, puede ser, y es de hecho en muchas ocasiones, diferente del interés del Estado como órgano político-administrativo estructurado para la gestión de los intereses de la propia Sociedad.

la equidad, aunque destaca que éstas son figuras clásicas emanadas del sentir popular de acuerdo con «la conciencia de un hombre decente», lo que no ocurre con el orden público al ser una nueva figura de creación artificial por los estudiosos del Derecho. Cfr., «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», cit., pág. 1030.

²¹ Cfr., Amorós Guardiola, «Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro», *Anuario de Derecho Civil*, tomo 36, 1983, 2.º semestre, pág. 1139, quien resume, entre otros muchos aspectos, la postura del profesor.

²² Posteriormente esta noción será criticada por la dirección humanista, por la Escuela de la exégesis, por algunos pandectistas y, también, por los mercantilistas defensores de la absoluta autonomía de la voluntad. Cfr., De Castro, ob. cit., pág. 1030.

²³ Tanto en el Código civil de 1889 como en los Proyectos de 1851 y de 1888.

²⁴ Recoge el profesor De Castro en su trabajo tantas veces citado (págs. 1023-1029) un breve pero interesante recorrido sobre una veintena de Códigos civiles de otros tantos países europeos y americanos claramente influenciados por el *Code*.

²⁵ La Constitución española de 1978, aunque con distinto significado del que aquí estudiaremos, cita expresamente el *interés nacional* en el art. 144, *interés público* en los arts. 76.1 y 124.1, *interés general* en los arts. 44.2, 47.1, 128.1, 149.1, 150.3, 155.1 y 103.1, así como *interés social* en el art. 124.1.

Lo anterior no impide que se aprecien importantes identidades y diferencias entre las leyes imperativas de interés público y la noción de orden público²⁶. En cualquier caso el interés primario y general de la Sociedad es perseguir el bien común estando este interés social protegido por la ley: el interés público²⁷.

Por su parte, el orden público sirve para garantizar que sea satisfecho ese interés social de alcanzar el bien común²⁸, haciéndolo mediante la técnica jurídica y en el mundo de lo jurídico. En este sentido se ha dicho que el orden público se convierte en el envoltorio que contiene aquello que excede del interés público²⁹.

En otro sentido, en la concepción clásica de orden público, el interés público y el interés privado se muestran enfrentados, pues este último se consideraba egoísta para el individuo y por ello incompatible con el de la comunidad, de tal manera que la actuación de los poderes públicos siempre estaba revestida de este carácter público cuya supremacía sobre los intereses de los particulares se justificaba sistemáticamente por cuanto su único norte era la obtención de determinados objetivos que beneficiaban a toda la colectividad.

Sin embargo, pronto se demostró que el interés general no era el único digno de protección mediante leyes imperativas, sino que también era de interés general y público la protección de los intereses privados de los particulares que son perfectamente legítimos.

A este respecto, para algún autor destacado, el interés público no es otra cosa que la generalización del interés privado³⁰. Aguda e interesante matización, desde nuestro punto de vista, al proyectarse hacia los propios particulares y en su bene-

²⁶ Para Valpuesta (*Los pactos de separación de hecho: historia y presente*, Sevilla, 1982, pág. 169) es claro que existe una gran similitud entre la noción de orden público y las leyes imperativas de interés público, pues en muchas ocasiones éstas son simplemente una concreción de los principios de orden público, aunque en otros supuestos éstos sobrepasan el ámbito de la ley. En este sentido afirma, además, que la fuente de ambas figuras es idéntica, es decir, el Estado, mediante el poder ejecutivo o el legislativo, y que ambas nociones están revestidas de igual carácter imperativo, no siendo posible su derogación ni renuncia, teniendo las dos figuras idénticos fundamentos, esto es, la salvaguardia del llamado interés público.

²⁷ Cfr., Calvo Álvarez, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., págs. 21-23. Por contra, Santamaría (*Comentarios al Código civil*, tomo I, Madrid, 1958, pág. 21) explica que no son coincidentes los conceptos de interés público y orden público ya que el primero abarca al segundo pero no ocurre lo mismo a la inversa. Para Doral (*La noción de orden público en el Derecho civil español*, cit., pág. 58) no es lo mismo orden público y defensa del interés público, o dicho de otra manera, no es suficiente la concepción de orden público como arma de la que disponen los intereses generales frente a los intereses privados.

²⁸ Se ha destacado por algún autor la confusión, desde el punto de vista ontológico, existente entre los conceptos de orden público, bien común y orden jurídico, como ha apreciado Hackett en *The concept of public order*, Washington, 1959, págs. 49 y ss. En el mismo sentido, Doral, *La noción de orden público en el Derecho civil español*, cit., pág. 38 y ss.

²⁹ Cfr., Manresa, *Comentarios al Código civil español*, VIII, 3.ª ed., Madrid, 1958, pág. 621.

³⁰ Cfr., Díez-Picazo, «Los llamados contratos forzosos», en *Anuario de Derecho Civil*, IX, 1956, pág. 117.

ficio, un concepto constitucional básico, tradicionalmente utilizado por el poder político-administrativo como justificación absoluta cada vez que tiene que lesionar individualizados intereses de aquellos sujetos privados, como si éstos fueran otros diferentes o extraños individuos, resultando desde esta interpretación, en definitiva, que sumando todos los intereses de cada uno de los sujetos privados que conforman la comunidad se llega a definir globalmente el interés general.

Las afirmaciones anteriores nos llevan a matizar que, pese a utilizarse el concepto de orden público, desde el inicio de su existencia, para limitar las actuaciones de los particulares cuando desarrollan su autonomía de la voluntad, ello no es óbice para que este mismo concepto de orden público pueda, como nosotros sostenemos, configurarse para proteger necesariamente, no sólo el interés público (justificación básica de la limitación de la autonomía privada) sino también, los intereses particulares de los ciudadanos, e incluso, en consonancia con lo que se expondrá seguidamente, el propio concepto de orden público podrá ser utilizado por parte de los particulares para defenderse de determinadas actuaciones del poder público limitadoras de su libertad contractual, pese a que éstas pretendan ser legitimadas amparándose precisamente en el interés público.

4.2. ORDEN PÚBLICO Y LEYES IMPERATIVAS

En el sentido que aquí se estudia, no ofrece duda la idea de que el término orden público procede, como antes se dijo, del Código civil de Napoleón que en su art. 6.³¹ determina que: «No se pueden derogar por convenios particulares las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres»³².

En el concepto clásico de orden público, en sentido amplio, se identificó éste con la ley imperativa³³, ya que tanto uno como otra tenían como objetivo velar por

³¹ Reseña De Castro que la introducción de este precepto fue muy discutida durante la redacción del *Code*, tachándose por los opositores de inútil y peligroso, ya que podría alegarse que había leyes que no interesaban al orden público. Sin embargo, por los autores del texto, se entendió más conveniente atajar con claridad las perniciosas interpretaciones que los iusnaturalistas no católicos venían haciendo del principio de la autonomía de la voluntad, que consideraban vinculantes todos los pactos en base a la libertad individual de los contratantes. Por contra, los canonistas subordinaron el principio de la autonomía de la voluntad a las exigencias de la justicia y de la equidad en cada caso. Finalmente el texto determina expresamente la superioridad de la voluntad general expresada en la ley, respecto a la de los particulares. Cfr., «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», cit., págs. 1019-1020.

³² Artículo 6º del *Code*. «On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui interessent l'ordre public et les bonnes moeurs».

³³ A finales del siglo XVIII, y como consecuencia directa e inmediata de la Revolución francesa, la ley representa en buena medida las aspiraciones de la emergente sociedad. Ley que, basada en el imperio de la razón, y declarando la absoluta igualdad de todos los ciudadanos, fomenta al máximo la libertad individual y el tráfico mercantil, lo que implica, de hecho, un auge de la autonomía privada en el tráfico jurídico, siendo misión fundamental del Estado la protección de las nuevas libertades declaradas. Las normas imperativas protegen los pilares e ideas del nuevo sistema político, social y económico. Calvo afirma que en este momento: «el servicio de la ley imperativa a los fundamentos

los intereses generales de la comunidad frente a los individualizados de los particulares³⁴.

Esta identificación³⁵ se basa en el influjo de la doctrina francesa de la escuela de la exégesis³⁶ sobre los más notables autores españoles del siglo pasado y comienzos del presente³⁷.

Así el Proyecto de Código civil de 1851, en su art. 11, transcribía literalmente el art. 6.º del *Code* debiendo interpretarse el orden público como leyes de Derecho público en expresión de García Goyena, quien considera más apropiado reemplazar el nuevo término galo por el clásico del Derecho romano, con idéntica interpretación, de *jus publicum*³⁸.

últimos del orden social implantado, provoca la confusión de la ley imperativa con el orden público». Por ello a causa de esta «identificación con la ley imperativa, el orden público resulta ser, en la concepción clásica, una excepción a la libertad, y aparece como una noción defensiva y limitadora». Con la evolución de la sociedad contemporánea, el Estado, hasta ahora no intervencionista, es compelido –lo que acepta de buen grado, creciendo la Administración, su instrumento político para dar respuesta a las continuas demandas sociales, con asombrosa rapidez– a participar para limitar la extraordinaria libertad de determinadas personas o grupos sociales al objeto de salvaguardar los intereses de los sectores más débiles o desfavorecidos social y económicamente. Entonces nace, por ello, una profusa legislación, en buena parte tuitiva, de carácter imperativo que es considerada de orden público. En poco tiempo el crecimiento cualitativo y cuantitativo de estas leyes imperativas, confundidas ya con el orden público, nacidas en un principio para proteger la libertad e igualdad, se convierten ahora, paradójicamente, cada vez más, en límites y recortes a estos mismos principios y libertades, y ello como consecuencia de la identificación de orden público y normas imperativas. Cfr., Calvo Álvarez, J., *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., págs. 30-33. También cfr., Starck, *Introduction au droit*, Paris, 1991, pág. 190, y con una finalidad meramente didáctica, Luna Serrano «Los caracteres de la actividad jurídica», en *Ciencias humanas y sociedad*, Madrid, 1993, pág. 445.

³⁴ Aunque, como se ha visto, posteriormente se demostró que el orden público había de proteger tanto el interés público como los intereses privados. Cfr., Calvo Álvarez, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., págs. 102-103.

³⁵ Que supuso la introducción del término del orden público en la legislación civil, que de alguna manera suponía el reflejo de los intereses liberales y burgueses que triunfaron en la Revolución francesa y que se plasmó en el art. 6 del *Code*, es destacada por Luna Serrano «El límite del orden público en la constitución de las servidumbres prediales», cit., pág. 283.

³⁶ Para un sector de la doctrina francesa, describe Espín Cánovas, citando a los autores las reglas de orden público habían de traducirse en leyes, por lo que se utilizó la expresión leyes de orden público. Para la escuela exegética, defensora de la sumisión y acatamiento a ley, las leyes de orden público son las normas imperativas y prohibitivas, esto es, las que no pueden derogarse por los particulares (Durantón). Expresamente se afirma que la violación del orden público tiene su fuente en la ley (Hemard). Por ello «dentro, pues, de esta dirección definitoria del orden público por su recepción legal, nos parece más lógica la identificación del orden público con el ámbito de las leyes imperativas», estimando más por tanto, congruente el concepto de Hemard para quien el orden público consiste «en el conjunto de las reglas establecidas por el legislador en el interés vital de la sociedad» Cfr., Espín Cánovas, «Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa», cit., págs. 786-789.

³⁷ Cfr., Espín Cánovas, «Ideas sociales reflejadas en el Código civil español (Derecho flexible)», cit., pág. 832.

³⁸ Cfr., García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, pág. 23.

En la misma línea, Sánchez Román concibe el orden público como «el orden general del derecho preceptivo y uniforme», sosteniendo una noción de orden público que lo equipara con la ley imperativa³⁹.

También Mucius Scaevola identifica orden público con ley partiendo de la redacción del citado art. 6 del Código civil francés, y tras compararlo con el art. 1.255 del Código civil español, del que trae causa, manifiesta que «el orden público fuera de la ley, es el vacío, no existe», estimando desacertado nuestro precepto patrio que permite la diferenciación entre orden público y ley⁴⁰ inexistente en el originario galo.

Igualmente, ilustres civilistas extranjeros con gran influencia en nuestra doctrina como Ferrara, advierten que «queriendo entender el orden público fuera del campo de la ley se va hacia un mar desconocido y sin confines»⁴¹ afirmando decididamente la identificación entre orden legal y orden público.

En consecuencia, según esta teoría, para que intervenga la noción de orden público como limitadora de la autonomía de la voluntad es preciso que se contenga en una ley imperativa.

En sentido opuesto, por una segunda corriente, se ha negado con rotundidad esa pretendida equiparación entre el orden público y la ley imperativa. Por ello, indica Amorós Guardiola, que el concepto de derecho imperativo «no puede identificarse, ni por su esencia ni por su contenido, con el de orden público»⁴², por lo que la concepción clásica de orden público ha de ser rechazada, éste no puede quedar encerrado en la ley. Además, esa identificación convierte en inútil a la noción de orden público, es decir, éste será entonces ley y nada más que ley⁴³, con el consiguiente peligro de que el Estado, cada vez más intervencionista, pueda manejar a su antojo la noción.

No obstante, Díez-Picazo puso de relieve que la formación de la noción de orden público al margen de la ley puede suponer una amenaza para la seguridad jurídica⁴⁴.

³⁹ Cfr., Sánchez Román, *Estudios de Derecho civil*, II, pág. 39. Madrid, 1889-1890.

⁴⁰ Cfr., Mucius Scaevola, *Código civil comentado*, cit., págs. 585-587. Este autor expresa que la ley es el género que comprende tanto el orden público como las buenas costumbres, a pesar de que el legislador español en el art. 1.255 del Código civil especifica tres géneros distintos, ley, moral y orden público y cada uno con valor propio. A su entender no puede separarse el concepto de orden público de la ley. Aunque es posible hablar de moral al margen del Derecho no entiende posible el orden público, como *Ordenamiento* de la vida social, sin un conjunto de normas que lo especifiquen. Concluye Scaevola diciendo que por «pactos contra el orden público hay que entender los que van contra la ley, sea propia y estrictamente y en su totalidad de derecho público, sea de derecho privado, pero afectante en determinados preceptos al interés, social». Se impone, por tanto, según este autor, la refundición de los dos conceptos en uno solo, es decir, en leyes de orden público, que son normas que afectan al interés general de toda la colectividad.

⁴¹ Cfr., Ferrara, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, pág. 54.

⁴² Cfr., Amorós Guardiola, *Comentario al artículo 6.3*, cit., pág. 330.

⁴³ Calvo Álvarez, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., pág. 102.

⁴⁴ Cfr., Díez-Picazo, *Comentario al artículo 1.3*, cit., pág. 56.

Sin embargo, desde otro punto de vista se da señalado que aunque la ley es un instrumento útil para salvaguardar la seguridad jurídica, no es el primero, afirma Esser, y en ningún caso el único medio de garantía del Derecho, siendo también la labor judicial y la doctrina científica, quienes completan las aportaciones a la seguridad de la vida jurídica⁴⁵. En esta línea Capitant, así como Malaurie, pronto se apartaron, al igual que una parte de la más autorizada doctrina civilista francesa que siguieron a estos autores, de la inicial identificación de los exégetas⁴⁶ y estableció una clara diferenciación entre ley imperativa y orden público, postura defendida igualmente a su vez por el ilustre civilista belga De Page⁴⁷.

En España, Doral llega más lejos, resistiéndose a encuadrar la noción a lo que indiquen sobre ella determinadas leyes estatales, afirmando que el concepto de ley imperativa ha quedado separado de la noción de orden público, siendo posible incluso, acudir al orden público cuando determinadas normas legales de carácter imperativo, estuvieran en contradicción con aquel⁴⁸.

Esta eterna discusión sobre la identificación o no de la figura del orden público con la ley imperativa es criticada recientemente, por su inutilidad, por Luna Serrano afirmando que la misma, pese a durar decenios, no ha aportado hasta la fecha nada significativo para determinar el concepto ni mucho menos para acercarse al posible contenido de la figura⁴⁹.

Espín Cánovas explica que aquella arraigada doctrina y jurisprudencia que exigía que el orden público viniese siempre regulado por la ley, debe ser rechazada definitivamente, como ya ha ocurrido en otros Ordenamientos próximos al nues-

⁴⁵ En este sentido Calvo Álvarez, recuerda que no se puede dejar sólo en manos de las leyes del Estado la garantía de lo jurídico pues ello implicaría un grave riesgo, ya sufrido históricamente, como ocurrió con el absolutismo monárquico, donde la única seguridad jurídica era la certeza de que ley, voluntad exclusiva del monarca, era aquello a lo que todos los ciudadanos debían atenerse. Además, concluye que no es posible apartar el riesgo de la vida, y tampoco de la vida jurídica. Cf., *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., pág. 103.

⁴⁶ Sostenida, como se dijo, por Duratón y Hemard, cfr., nota 36.

⁴⁷ Espín Cánovas reseña la opinión francesa y belga en este punto recordando que para Malaurie mientras el orden público defiende los intereses generales de la sociedad sobre los intereses privados, las leyes imperativas pueden proteger un interés particular. De Page aprecia la diferencia fundamental en la exclusión de los intereses meramente privados del ámbito de protección del orden público. Y Capitant, aludiendo al carácter de orden público del principio de protección de los incapaces, aprecia que es el «principio de protección» únicamente el que es de orden público, el desarrollo de esa protección sería ya mediante leyes de protección de intereses privados. Cfr., los tres autores citados en Espín Cánovas, «Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites a la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa», cit., págs. 787-788.

⁴⁸ Cfr., Doral, *La noción de orden público en el Derecho civil español*, cit., pág. 30, El orden público – dice – no queda reducido en todo caso al contenido de determinadas leyes estatales.

⁴⁹ Cfr., Luna Serrano, «El límite del orden público en la constitución de las servidumbres prediales», cit., pág. 279, quien compara la discusión con el estéril problema del círculo vicioso sobre la anterioridad del huevo o la gallina.

tro, reafirmando el carácter necesariamente extrapositivo de nuestra noción, ya que esta característica va implícita en su propio sentido⁵⁰.

En este sentido pensamos, en línea con los últimos autores citados, que efectivamente carece de sentido práctico identificar en el Derecho civil de nuestros días orden público y ley imperativa pues pretenderlo sería simplemente eliminar toda operatividad al concepto para quedar diluido en la misma al arbitrio del legislador de turno. Incluso, como se ha apuntado más arriba, debe ser posible para una mayor eficacia de la noción, que ésta pueda contradecir la letra de la propia ley imperativa, por obedecer a unos principios superiores que inspiran a todo el Ordenamiento jurídico, en detrimento de la estricta interpretación de la parcela que abarca esa ley específica, todo ello en beneficio del interés general, o mejor dicho, del bien común que es lo que persigue, en último término, la aplicación de la noción de orden público.

Otra cosa, bien distinta, es la posible aproximación entre la noción que estudiamos y las normas constitucionales fundamentales, que exceden, con mucho, del estrecho y a la vez vulnerable margen legal, pues su modificación exige, como es sabido, no sólo un amplio consenso parlamentario, sino también, en determinados casos, la aceptación directa de la ciudadanía mediante referéndum, todo ello a través un rígido, en exceso quizá, sistema de reforma constitucional⁵¹.

4.3. ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES

La noción de buenas costumbres, ha sido identificada con la de orden público por un sector predominante de la doctrina francesa⁵², para el que esta última noción, que es entendida en un amplio sentido, englobaría, también a las buenas costumbres. El orden público, desde este punto de vista, comprendería, además

⁵⁰ Cfr., Espín Cánovas, «Ideas sociales reflejadas en el Código civil español (Derecho flexible)», cit., pág. 845, donde precisa que muchas veces ocurre que un principio de orden público puede venir recogido en leyes imperativas, en cuyo caso el acto contrario quebranta la ley, pero también el principio de orden público en ella contenido, y que el carácter extrapositivo referido del orden público no impide que algún principio pueda estar «positivado».

⁵¹ El último título de la Constitución Española de 1978, el X, está dedicado a la reforma constitucional, exigiéndose en su art. 167, para cualquier reforma, por simple que sea (la llamada reforma flexible) la cualificada mayoría de los tres quintos de cada una de las Cámaras, además de un referéndum si lo pide la décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras. Sin embargo, para cualquier otra reforma que afecte a las partes fundamentales del texto constitucional (reforma rígida), requiere el laberíntico art. 168 de nuestra Norma Suprema, la aprobación del proyecto de reforma por mayoría de dos tercios de cada Cámara, la inmediata disolución de las Cortes, la convocatoria de elecciones generales, la ratificación del proyecto por dos tercios de los miembros de las nuevas Cámaras y la aprobación popular mediante referéndum. Procedimiento éste, a nuestro juicio, que imposibilita, en la práctica, la modificación constitucional de sus pilares fundamentales.

⁵² Para Diéguez (*Orden público y Conflictos Colectivos*, Pamplona, 1976, pág. 17), el hecho de que el Código civil francés atribuya, en muchas ocasiones, idénticos efectos al orden público y a las buenas costumbres, ha sido la causa de la inexistencia de un concepto mínimamente seguro de orden público en aquel Ordenamiento.

de las bases generales del Estado, las bases morales sobre las que descansan las estructuras de la propia sociedad⁵³. Julliot De la Morandiere considera que dentro de las reglas de orden público se hallan las que afectan a las buenas costumbres, es decir, «las reglas de la moral social consideradas como fundamentales para el orden mismo de la sociedad»⁵⁴.

Por el contrario, como glosa Espín Cánovas, también entre los autores galos, se han diferenciado, con cierta nitidez, ambos conceptos. Hemard alude a la inmoralidad cuando se atenta contra las buenas costumbres, que van referidas a la vida social. Sin embargo cuando se atenta contra el orden público se atenta contra la legalidad, contra el derecho. Colin y Capitant definen «el orden público por referencia al interés general del Estado y las buenas costumbres por referencia a la moral», entendida esta última como moral social⁵⁵.

En Italia⁵⁶ se entiende por la doctrina que las nociones orden público y buenas costumbres están diferenciadas, teniendo el primero un neto carácter jurídico, pudiendo, en alguna medida, ser reducido a normas específicas, mientras que por el contrario, la segunda procede del mundo ético-social sin que esté recogida en normas concretas⁵⁷. En este sentido, Ferri destacó especialmente por su empeño en diferenciar ambas figuras tratando de dar un valor autónomo a las buenas costumbres⁵⁸.

La doctrina alemana contempla las buenas costumbres como aquellos principios morales que están efectivamente reconocidos predominantemente por el pueblo en la actualidad. Irá contra las buenas costumbres aquello que choque con el sentido de la decencia de las personas que piensan de manera razonable y justa,

⁵³ Planiol, según Ripert y Boulanger, indica que «el respeto a la moral entra, a decir verdad, en el orden público». Simón justifica la identificación aludiendo a que el orden público es el género y las buenas costumbres la especie. Saiget integra las buenas costumbres dentro del orden público, posición que adopta igualmente Malaurie, así como, más recientemente, Marty y Raynaud. Cfr., Espín Cánovas, «Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites a la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa», cit., págs. 800-801.

⁵⁴ Cfr., Espín Cánovas, «Ideas sociales reflejadas en el Código civil español (Derecho flexible)», cit., pág. 841.

⁵⁵ Cfr., Espín Cánovas, «Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites a la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa», cit., págs. 801-802.

⁵⁶ El párrafo primero del art. 1.354 del *Codice civile* (Regio decreto 16 marzo 1942) dice: «È nullo il contratto al quale è apposta una condizione, sospensiva o risolutiva, contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume». Por su parte, al hablar de la causa ilícita el artículo 1343 del *Codice* indica: «La causa é illecita quando é contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume». En materia testamentaria el artículo 634 del código italiano, referido a las condiciones resolutorias y suspensivas expresa que: «Nelle disposizioni testamentarie si considerano non apposte le condizioni impossibili e quelle contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume».

⁵⁷ Cfr., Messineo, *Doctrina general del contrato*, I, pág. 481, trad. esp. Buenos Aires, 1952.

⁵⁸ Cfr., Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970 y también en la misma línea Leonardo, *Ordine pubblico, e illiceità del contratto*, Napoli, 1993.

así como aquello que choque con el sentido de justicia de tales personas⁵⁹. Matiza Larenz que esta moral no es la ética, *strictu sensu*, «ni imperativos de conciencia conocidos individualmente, sino exigencias sociales de conducta que se basan en la convicción común de los pertenecientes a un pueblo o a un grupo social moralmente idóneo»⁶⁰.

En España el término buenas costumbres se ha venido identificando con el de moral, pues nuestro Código civil los utiliza indistintamente con significado análogo. Ya Scaevola aludió al carácter genérico y más amplio de moral, siendo más específico el de buenas costumbres, aunque jurídicamente equivalentes⁶¹. Manresa comentó igualmente el uso indistinto por el Código de ambas expresiones⁶².

El hecho de que nuestro Código se apartara del francés en este punto, prefiriendo el término moral al de buenas costumbres, sólo puede deberse a cuestiones de estilo, sin embargo la equiparación actual de ambas nociones está plenamente consolidada y, en no pocas ocasiones, es francamente difícil distinguir separadamente estas dos figuras⁶³, cuestión que ha sido puesta de manifiesto por la doctrina más autorizada que considera que estas expresiones son sinónimas en diversos artículos de nuestro Código civil⁶⁴.

Además, otra diferencia apreciable entre las nociones de moral y de buenas costumbres con la de orden público, estriba en el carácter jurídico de esta última en contraposición a los marcados rasgos éticos de las dos primeras, aunque ha de apreciarse que éstas se incorporan al mundo jurídico por medio de la ley⁶⁵.

⁵⁹ Mayer-Maly comentando el art. 138 del BGB tal como escribe el profesor De Castro en «Notas sobre las limitaciones», cit., pág. 1036.

⁶⁰ Cf. Larenz, *Derecho civil. Parte General*, trad. esp. págs. 593 y ss., Madrid, 1978.

⁶¹ Cfr., Mucius Scaevola, *Código civil*, T. XX, Madrid, 1904, págs. 504-505. Por otra parte, y al igual que sucediera en Francia, también en España no han quedado, en muchas ocasiones, bien diferenciados los términos de moral, orden público y ley imperativa, hasta el punto de calificarse de inmoral una actuación por el simple hecho de contravenir una ley, por entenderse que el contrato tiene una causa ilícita por este motivo, como ocurrió con la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1964, sin embargo, como acertadamente indica Doral (*La noción de orden público en el Derecho civil español*, cit., págs. 94-95), posiblemente estemos ante un caso ilícito, pero desde luego, no forzosamente inmoral.

⁶² Cfr., Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil Español*, tomo VIII, 3.^a edición, Madrid, 1918, págs. 620-621.

⁶³ Cfr., De Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pág. 246.

⁶⁴ Cfr., Lacruz, *Elementos de Derecho civil*, II-2, Barcelona, 1987, cit., pág. 184, donde comenta que la moral a la que se refieren los arts. 1.255 y 1.275 es la misma que las buenas costumbres citada en los arts. 1.116 y 1.271, por ejemplo.

⁶⁵ Cfr., Calvo Álvarez, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., págs. 25-26. El mismo autor aprecia a continuación que el término moral se refiere, principalmente, a una realidad duradera, de valor inmutable. Sin embargo la noción de buenas costumbres contiene lo que él llama la histórica y variable asunción social de tales exigencias morales fijas. Las «buenas costumbres ni reflejan toda la moral, ni contienen sólo la moral, aunque siempre incluyen algo de la moral. No reflejan toda la moral, sino que recogen el sedimento tradicional de principios y convicciones éticas, junto a usos y convicciones sociales, de diversa índole, que han perdurado históricamente» (El subrayado es del autor).

Ha de precisarse, como ya hiciera Larenz para el B.G.B., que el término moral, utilizado por nuestro Código civil⁶⁶ en manera análoga al de buenas costumbres, es el referido a una moral social, colectiva, aquella que adopta una sociedad en cada época⁶⁷, es decir, una moralidad pública⁶⁸, y no a la Moral concebida «como Orden Ético referido a la conducta de la humanidad o de una determinada sociedad»⁶⁹.

Sin embargo, en opinión del profesor Ragel a quien seguimos, incluso este concepto de moral, entendida como moral social o colectiva, debe rechazarse por desfasada en nuestro país tras la vigencia de la Constitución de 1978, pues la correcta combinación de los arts. 10.1 (libre desarrollo de la personalidad) y 16.1 (libertad ideológica, religiosa y de culto) de aquélla, no permiten la operatividad de una fuerza moral social, por muy mayoritaria que sea en la población, capaz de limitar la esfera de la autonomía privada de los particulares.

Sin embargo, lo que sí deberá protegerse plenamente es una moral individual, reconocida a cada persona en el art. 15 de la Norma Suprema, dentro del derecho a la integridad moral de todo ciudadano, pero sin fuerza para imponerse a la moral del resto de los individuos, pues chocaría precisamente con el mismo derecho reconocido a los demás, de obligado respeto al ser uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, a tenor del primero de los preceptos constitucionales citados⁷⁰.

El sistema jurídico utiliza generalmente el término de buenas costumbres para expresar la obligación de acatar las convicciones morales observadas por la sociedad, siempre y cuando éstas representen valores dignos de ser protegidos jurídicamente, de forma que esa moral, vivida en las costumbres sociales, es tutelada por el Derecho⁷¹.

Valpuesta ha defendido la total independencia de las dos figuras en base, tanto a la diferente fuente de la que emana cada una de ellas, como al carácter ético, determinante o no de las mismas⁷².

⁶⁶ Específicamente en los vigentes arts. 792, 1.116, 1.271.3.º, 1.275.2.º, 1.255, 1.316, y 1.328.

⁶⁷ Cfr., Espín Cánovas, «Ideas sociales reflejadas en el Código civil español (Derecho flexible)», cit., pág. 848.

⁶⁸ Término utilizado por García Oviedo, C., para quien las buenas costumbres o moralidad pública está constituidas por «un conjunto de reglas y exigencias sociales, ancladas en las costumbres, y aceptadas por la casi unanimidad de las conciencias de un pueblo, tuteladas por el Derecho», en *Derecho Administrativo, II*, Madrid, 1962, pág. 766.

⁶⁹ Cfr., Valpuesta en *Los pactos de separación de hecho: historia y presente*, cit., pág. 189.

⁷⁰ Afirma, además, este autor, que el recurso a una determinada moral puede provocar la preeminencia social y cultural de ciertos grupos. Cfr., Ragel, *Manual de Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Cáceres. 1997, págs. 122-123.

⁷¹ Cfr., Calvo Álvarez, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., pág. 28.

⁷² Por lo que respecta a las fuentes, las buenas costumbres provienen de la conciencia social, que determinan la conducta que debe ser exigible ante un supuesto determinado, sin que tenga nada que ver con la organización estatal que se desprende del orden público. Respecto al carácter ético, éste es básico en las reglas que forman las buenas costumbres, sin embargo, los principios de orden público

Por otra parte, Espín Cánovas apunta que, nuestra doctrina, poco precisa en este tema, tiende al acercamiento entre las nociones orden público y buenas costumbres⁷³.

En nuestra opinión, descartada en la práctica en nuestro sistema civil la figura autónoma de las buenas costumbres al haber optado el legislador por el término moral, que utiliza indistintamente con aquél, es evidente que no cabe identificación alguna con una concepción actual de orden público, especialmente a partir de la promulgación de la Constitución de 1978, ya que su art. 16 proclama la absoluta libertad ideológica y religiosa que impide que ninguna concepción moral específica, por muy mayoritaria que sea, como antes se destacó con acierto, pueda ser impuesta y exigida al resto de la ciudadanía.

Ello ha de ser necesariamente así dado lo espinoso del sentido de la moral, generalmente unido a determinadas convicciones religiosas, más o menos extendidas, que muchas veces postula principios poco compatibles con la aplicación de un Derecho mínimamente justo que posibilite una convivencia social aceptable⁷⁴, razón por la que hemos de propugnar una especial asepsia en el concepto de orden público, desprovisto de tintes morales o religiosos, que pueden llegar a deslegitimar su cometido estrictamente jurídico.

Sin embargo, ha de mencionarse que algunos autores están modificando el antiguo sentido que se daba a las buenas costumbres, reinterpretándolo, para acercarlo a lo que se ha comenzado a llamar la *práctica del sentimiento constitucional*⁷⁵, estando por tanto, según este punto de vista, configurado de concepto de las buenas costumbres, en la actualidad, por una serie de cualidades ciudadanas sensibles a los postulados constitucionales fundamentales, a los que tratan de adecuar su comportamiento.

responden a motivos circunstanciales, de conveniencia social o política. Cfr., Valpuesta, *Los pactos de separación de hecho: historia y presente*, cit., págs. 170-171.

⁷³ Espín Cánovas, «Ideas sociales reflejadas en el Código civil español (Derecho flexible)», cit., pág. 842, apoyando tal afirmación en De Castro quien indicó que ambos «son conceptos diferenciables, pero también inseparables. Coinciden en lo esencial, aunque se les mire desde distinta perspectiva», estando ambos en estrecha e indisoluble conexión. Cfr., De Castro, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», cit., págs. 1035 y 1049.

⁷⁴ Como ocurre, por ejemplo, con los principios evangélicos de la Iglesia Católica de perdonar las deudas o de poner la otra mejilla cuando se recibe un daño, principios que pudiendo estar dentro de la esfera individual y voluntaria de cada uno no pueden ser exigidos, de ningún modo, al resto de los miembros de la comunidad, ya que ello supone, sencillamente, la quiebra del derecho. Uno podrá perdonar voluntariamente las deudas o las ofensas que reciba, pero, naturalmente, nadie y tampoco ninguna regla moral, le deberá impedir, ni siquiera criticar, su derecho de acudir a los arts. 1.091 y 1.902 y siguientes del Código civil para exigir coactivamente el pago de su deuda o la reparación del daño sufrido.

⁷⁵ Cfr., Zorrilla Ruiz, *Teoría del Derecho. Para una comprensión razonable de los fenómenos jurídicos*, Bilbao, 1997, pág. 593. Por otra parte, Ragel reclama la revisión urgente del concepto de orden público separándolo de conceptos indeterminados como, por ejemplo, las buenas costumbres. Cfr., Ragel, «Autorización gubernativa de derribo y denegación de prórroga de arrendamiento urbano (A propósito de la STC 321/1993, de 8 noviembre)», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 5, 1995, pág. 305.

Desde esta óptica, el nuevo sentido del concepto de buenas costumbres tendría cierta conexión, aunque funcionalidad diferente, con el que nosotros propugnamos de orden público, ya que ambos apuntan a los principios y valores fundamentales contenidos en nuestra Constitución.

4.4. ORDEN PÚBLICO Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

También se ha tratado de identificar estas dos nociones⁷⁶, pero aunque los principios generales del Derecho contienen disposiciones basadas en la justicia y en las costumbres o hábitos sociales, como ocurriera también con el orden público, sin embargo aquéllos no comprenden necesariamente sus valores esenciales.

Los principios generales del Derecho pretenden conseguir soluciones jurídicas en situaciones donde exista colisión de intereses en el tráfico jurídico. Sin embargo, el orden público aspira a proteger a la comunidad de los ataques que sufran sus más esenciales valores, actuando en tal caso como límite a la autonomía privada.

A tenor del art. 1.4 del Código civil los principios generales del Derecho tienen como misión suplir con sus normas los casos de inexistencia de ley o costumbre aplicables al caso concreto, es decir, aportar una regulación integradora del Ordenamiento jurídico. El orden público por su parte, está llamado a determinar dentro del Ordenamiento los valores esenciales que escapan de la voluntad individual⁷⁷.

Por tanto, afirma De Castro, la referencia a las normas extrapositivas que se desprende de la noción de orden público, no puede referirse a los principios generales del Derecho del art. 1.4 del Código civil, que son auténticas fuentes independientes del Derecho, sino a los principios que en cada momento informan las instituciones jurídicas⁷⁸.

Para nosotros, aun siendo conscientes de que la noción de orden público está integrada en gran medida por principios, incluso de carácter jurídico como más

⁷⁶ Cfr., De Castro, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», cit., pág. 1033, quien se muestra contrario a esta dirección. Por otra parte, recuerda Gordillo Cañas, «Orden público», cit., pág. 4636, que, en el Derecho patrimonial, se ha identificado al orden público con los principios de propiedad privada, de libre iniciativa privada o libertad económica, de conmutatividad del comercio jurídico, de la buena fe o de moralización de las relaciones económicas, y de seguridad jurídica, equiparándose claramente a los Principios Generales del Derecho, aunque el orden público manifiesta aquí de manera notoria su acomodo a las cambiantes corrientes ideológicas y socioeconómicas.

⁷⁷ Proporcionando así una normativa aplicable cuando exista vacío legal, facultando al juez a encontrar una norma objetiva fuera de sus propias convicciones personales o de equidad. Cfr., Espín Cánovas, «Ideas sociales reflejadas en el Código civil español (Derecho flexible)», cit., pág. 846.

⁷⁸ Quien indicó que es erróneo pensar que el orden público no positivado se refiere a los principios generales del Derecho. Cfr., De Castro, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», cit., págs. 1033-1034.

adelante se verá, ello sin embargo no permite en absoluto la identidad de ambas nociones, ya que los principios que conforman el orden público, aunque son algo más, están más próximos a los fundamentales que rigen el funcionamiento de la comunidad según las convicciones sociales aceptadas, que pueden extraerse de los esenciales contenidos en su norma constitucional básica (en un Estado social y democrático de Derecho), atemperados, desde luego, con la realidad social y económica del momento, circunstancias todas estas que no están presentes, en igual medida, en los principios generales del Derecho.

5. CARACTERES DE LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO

5.1. JURIDICIDAD

A diferencia, como antes se dijo, de la noción de buenas costumbres, el orden público es un concepto netamente jurídico⁷⁹, instalado en el campo de la técnica jurídica. Este destacado carácter jurídico no significa, según se vio, que esté limitada su ubicación a los estrechos márgenes de la ley, ni tampoco que el concepto no pueda estar recogido por ella, sino que el orden público «siempre será algo más que su pura mención legal»⁸⁰, razonamiento éste plenamente aplicable a nuestra idea de una orden público próximo a determinados principios constitucionales, y por ende, necesariamente jurídicos.

La importante sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966, afirma el carácter jurídico del concepto de orden público ya que estaría compuesto, en primer lugar, por una serie de principios de carácter jurídico, además de otros de índole pública y privada, pero en todo caso, de principios jurídicos⁸¹.

Es cierto, no obstante, que también se alude en la sentencia a otros principios extrajurídicos de naturaleza bien diversa, lo que podría hacernos pensar que el orden público no sea una noción radicalmente jurídica⁸².

⁷⁹ Cfr., Diéguez, *Orden público y Conflictos Colectivos*, cit., pág. 24.

⁸⁰ Cfr., Calvo Álvarez, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., págs. 24 y 120.

⁸¹ Indica, al efecto, esta importante sentencia, que: «El orden público nacional está integrado por aquellos *principios jurídicos*, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada». Cfr., Aranzadi, Repertorio n.º 1.684 del año 1966.

⁸² Para Alonso García (*La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*, Barcelona, 1958, pág. 74) la noción de orden público no es sólo jurídica, es decir, sus fundamentos no están en regulaciones o instituciones jurídicas en exclusiva, sino que se refiere, además, a principios esenciales de carácter político, administrativo, social e incluso moral. En esta línea, Navarro Vals (*Divorcio: Orden público y matrimonio canónico. Eficacia en España de las sentencias extranjeras de divorcio*, cit., pág. 92) alude al carácter metajurídico de la noción dadas las exigencias morales, económicas, políticas o religiosas que asumen naturaleza de principios de orden público, teniendo en cuenta que únicamente tendrán relevancia jurídica en la medida que sean recogidas normativamente, unas veces a través de las instituciones representativas de la Comunidad jurídica y otras, a través de la costumbre. Juan Carlos Smith («El orden público como concepto y como "status" social», *Revista de Derecho Español y Americano*, n.º 10, Madrid,

Sin embargo, se trata de una noción propiamente jurídica, ya que esos otros principios sociales o morales, antes citados, se integran en el contenido orden público en el momento en que son recogidos por el Derecho, entonces «se juridizan». El orden público refleja la relación de las convicciones sociales reinantes en una comunidad con el Ordenamiento jurídico, es –comenta Calvo Álvarez– «expresión de lo que constituye al Derecho en algo vivo y realmente vigente».

Es en el «ámbito de los principios jurídicos» donde se localiza el orden público, lugar donde opera la noción, protegiendo las esencias fundamentales de las instituciones jurídicas, aunque advierte que no se trata simplemente un principio más. Teniendo en cuenta que los principios jurídicos dan unidad al Ordenamiento jurídico, «el orden público –principio de principios– armoniza y jerarquiza esos principios»⁸³.

5.2. OBJETIVIDAD

La esencial diferenciación, antes comentada, entre la noción de orden público y la ley, no supone, en modo alguno que se malogre la necesaria objetividad de aquella. Ciertamente es que no se estará ante la pura objetividad legal, pero tampoco deberá producirse una subjetividad arbitraria.

La ley es, sin duda, una garantía de objetividad y seguridad jurídica, sin embargo, no debe olvidarse que el Derecho no es únicamente la ley, y no puede ceñirse exclusivamente a ella, pues estaríamos ante un Derecho muy rígido y alejado de la sociedad. Por ello quizás sea preferible el control judicial del orden público, encomendado a los aplicadores diarios del Derecho a cada caso concreto, al frío y rígido control legal⁸⁴.

1965, pág. 171) habla de una «función gnoseológica» del orden público como noción orientadora al percibir que éste viene creado por una serie de motivaciones políticas y sociológicas conectadas con normas morales suprajurídicas, aunque, matiza, se trata de una categoría que pertenece al conocimiento jurídico. En su estudio sobre el sistema francés («Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites a la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa», cit., págs. 783-785) aprecia Espín Cánovas, respecto del orden público y las buenas costumbres, una tendencia de la doctrina y la jurisprudencia alejada del positivismo decimonónico y orientada, en la actualidad, hacia una cierta moralización del Derecho.

⁸³ Cfr., Calvo Álvarez, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., págs. 122-124. Para Díez-Picazo («La autonomía privada y el derecho necesario en la ley de Arrendamientos Urbanos», en *ADC*, 1956) el orden público está relacionado con los principios fundamentales de organización de la comunidad. En este sentido, y sobre la doctrina francesa, se pronuncia Espín Cánovas en «Las nociones», cit., pág. 817. Alonso García (*La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*, págs. 73-74) refiere el orden público a los principios fundamentales. De Castro («Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», cit., pág. 1033) afirma que se exagera notablemente cuando, en referencia al orden público, se habla, por una dirección doctrinal muy generalizada, de «aquellos principios fundamentales sobre los que se apoya el Ordenamiento jurídico del Estado y encarnan los intereses generales del Estado, que éste reconoce y tutela».

⁸⁴ Cfr., Calvo Álvarez, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., págs. 120 y 176.

Señala, al respecto, Julliot De la Morandiere cuatro fuentes de objetividad que afectan al juez a la hora de aplicar la noción de orden público, quien debe integrar y valorar: los textos legales vigentes, el espíritu que se desprende del conjunto de Ordenamiento jurídico, la corrientes generales de opinión y la contemplación de los hechos económicos y sociales⁸⁵.

5.3. REFLEJO DE LA REALIDAD SOCIAL IMPERANTE

El orden público ha de ser expresión de las convicciones básicas vigentes en la colectividad, fiel reflejo del orden social cotidiano sentido y realizado por la sociedad, por lo que su realización deberá ser un hecho normal y espontáneo en la vida social. En este sentido podría pensarse, por ejemplo, que la poligamia es contraria al orden público, pero sólo será así si ésta supone una excepción rechazada socialmente como aberrante dentro de una determinada colectividad, en un momento histórico determinado. Pero si, por el contrario, la poligamia está más o menos admitida socialmente, como ocurre en determinadas culturas, y es algo relativamente habitual, entonces su prohibición ya no podrá fundamentarse en un concepto válido de orden público, sino, y esto ya es otra cosa, en la imperatividad de determinadas normas jurídicas que, en el caso de que existan, irán entonces precisamente contra aquel orden público que se deriva de las condiciones sociales⁸⁶.

Por tanto el orden público deberá justificarse como expresión del sentir real vigente de la colectividad, como reflejo de su acontecer social, de las convicciones sociales de cada momento de los individuos que la constituyen.

En esta línea, para Doral, el orden público revela aquello «que pudiéramos llamar el sentimiento de la Sociedad en que el Derecho se inserta, sus conquistas y aspiraciones, algo así como su sensibilidad»⁸⁷.

A mayor abundamiento, es preciso recordar, en este sentido, que el art. 3.1 de nuestro Código civil, integrado en su Título Preliminar, exige, a la hora de interpretar las normas del Ordenamiento jurídico, tener presente, entre otros aspectos, «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», criterio interpretativo que, desde nuestro punto de vista, debe entenderse aplicable igualmente a la noción de orden público a efectos de actualizarla permanentemente.

Por el contrario, el profesor De Castro aprecia que uno de los caracteres especiales del orden público es su falta de apoyo en la realidad social, pues mientras las clásicas figuras de la buena fe, de las buenas costumbres y de la diligencia del buen padre de familia, reflejan el querer y el sentir del pueblo, su

⁸⁵ Cfr., Julliot de la Morandiere, *L'ordre public*, cit., pág. 308.

⁸⁶ Cfr., Pellisé Prats, B., «Orden público. Excepcionalidad intrínseca de las violaciones del orden público» (voz). *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XVIII, Barcelona, 1986, pág. 507.

⁸⁷ Cfr., Doral, «Orden público. I Derecho civil» (voz), *Gran Enciclopedia Rialp*, Madrid, 1973, pág. 380.

conciencia normal y decente, el orden público, por contra, fue una figura inventada por los juristas, «desconectada del lenguaje y el pensar de las gentes. Parece que el orden público –concluye– responde, más bien, a «atender al buen orden del sistema jurídico, al del debido ajuste entre las normas positivas y extrapositivas en el Ordenamiento jurídico»⁸⁸.

5.4. EXCEPCIONALIDAD

Si, como se ha visto, el orden público debe reflejar, en cierta medida, las convicciones sociales imperantes en una comunidad, habrá que convenir que la utilización de este mecanismo protector deberá ser excepcional, esto es, sólo en los casos de indeseadas desviaciones, ya que lo normal será el habitual acontecer de la comunidad de acuerdo con aquellas convicciones sociales que conforman el orden público.

Lo anterior implica que cuando en una sociedad se utiliza reiteradamente el mecanismo protector del orden público ello está reflejando la existencia de un claro distanciamiento entre la normativa vigente y las convicciones sociales imperantes en ese pueblo⁸⁹.

Por tanto, la noción de orden público únicamente debe intervenir, en Ordenamientos jurídicos como el nuestro basados en principios democráticos, con carácter aislado y excepcional, y será del correcto ejercicio de los derechos y libertades cívicas, reflejo del sentir de la comunidad, de donde podrá extraerse una adecuada expresión de la noción de orden público⁹⁰.

Ha de añadirse a lo anterior que la vigencia en nuestro sistema del principio de seguridad jurídica establecido en el art. 9.3 de la Constitución, unida a la realidad del carácter cambiante y dinámico de la noción de orden público, que seguidamente veremos, hacen que únicamente se permita la intervención de esta noción con carácter de excepción y sólo en aquellos supuestos en los que se aprecie de manera nítida y objetiva su violación, huyendo de las fáciles arbitrariedades a las que se presta un improvisado subjetivismo.

⁸⁸ Cfr., De Castro, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», cit., pág. 1030.

⁸⁹ La utilización reiterada y masiva de esta noción ha sido habitual en España aludiendo la doctrina al fenómeno de la trivialización del concepto de orden público, materia ésta abordada por Martín-Retortillo Baquer, L., en *La cláusula de orden público como límite –impreciso y creciente– al ejercicio de los derechos*, cit. págs. 33 y ss. También sobre el abuso del concepto de orden público. Cfr., De Castro, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», cit., pág. 1032.

⁹⁰ Cfr., Pellisé Prats (ob. cit., pág. 508), para quien será en las leyes donde deberá residir la cristalización del orden público derivado del sentir de la colectividad y esta intervención excepcional del orden público lo hará tanto en la corrección de concretas soluciones jurídicas normales, como en la intervención del disfrute de las libertades individuales.

5.5. DINAMICIDAD Y FLEXIBILIDAD

Ya se habló más arriba de la dificultad de enunciar el significado de la noción de orden público, debido, fundamentalmente, a su variabilidad y carácter cambiante, rasgos éstos que configuran y determinan el sentido propio de la noción.

Son, por tanto, las circunstancias cambiantes, propias de cada tiempo y lugar, así como las ideas políticas, filosóficas o morales, presentes o imperantes en una sociedad, en un determinado momento, las que van modificando el contenido variable de la noción de orden público⁹¹.

Será la realidad social como se ha dicho, marcadamente dinámica en nuestros días, la que vaya suministrando en cada momento una noción válida de orden público que aporte frescura y flexibilidad al Ordenamiento jurídico.

Para Espín Cánovas esta variabilidad, efecto de los cambios legislativos y, especialmente de la estructura constitucional de cada Estado, es la que imposibilita la enumeración acertada del contenido del orden público, o su «definición», ya que estaría siempre en constante revisión⁹².

Comenta Doral que el orden público no es una simple entidad conceptual que revela la realidad estática acabada⁹³. Por tanto el orden público es, en la actualidad, un concepto elástico, dinámico y, además, de contenido positivo⁹⁴.

No obstante, recuerda Calvo, no todo es variable en la noción de orden público, ya que en su contenido también se encuentran, además de estos principios

⁹¹ Miaja de la Muela explica que una «buena prueba de la variabilidad de la extensión del orden público es el fracaso de cuantos intentos se han realizado de delimitación de su contenido», en *Derecho Internacional Privado*, I, Madrid, 1976, pág. 393. Piquignot (cfr., Calvo Álvarez, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., pág. 130), aprecia el carácter esencialmente contingente de la noción de orden público «en función de las circunstancias de tiempo y de lugar, de las ideas políticas, filosóficas y morales». Para Dorat des Monts «el orden público es una noción variable según las épocas, los países y los regímenes políticos de cada nación», en «La cause immorale (étude de Jurisprudence)», París, 1956. Casi idéntica afirmación realiza Panza, «Ordine pubblico: teoria generale», en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1990, págs. 1-2, señalando que el orden público es una causa de alcance general, necesariamente elástica y variable en el espacio y en el tiempo.

⁹² Flexibilidad o variabilidad que refleja una gran sensibilidad a los cambios de orientación en la constitución política de un Estado, pues *la estructura de una sociedad depende, fundamentalmente, de sus normas constitucionales*. Cfr., Espín Cánovas, «Ideas sociales reflejadas en el Código civil español (Derecho flexible)», cit., págs. 845 y 847.

⁹³ Para Doral (*La noción de orden público en el Derecho civil español*, cit.) la flexibilidad del orden público, como instrumento jurídico «hace posible el juego armónico de la libertad al permitir coexistir la autoridad con la libertad dentro de las relgas que caracterizan una sociedad moderna. Pascanu, en *La notion d'ordre public*, París, 1937, pág. 11, ya expresaba que «no se trata de una posición estática a fotografiar, sino de un movimiento a filmar».

⁹⁴ La conexión del orden público con las convicciones que dinamizan la vida social, en cada tiempo y lugar es un rasgo típico de esta noción, «despegada de la vida, el orden público perdería su razón de ser». Hoy no puede permitirse una noción de orden público de espaldas a los cambios que se producen en la sociedad. Cfr., Doral, *La noción de orden público en el Derecho civil español*, cit., págs. 53, 80 y 136.

imperantes en un pueblo y en una época determinada, otros principios fundamentales de carácter intangible e inmutable para cualquier Ordenamiento jurídico⁹⁵.

Este carácter flexible y dinámico de la noción que estudiamos es, como se ha visto, una consecuencia necesaria de su contacto permanente con la realidad social de cada tiempo que impide que se estanque el concepto y hace que esta característica sea para nosotros una de sus más positivas virtudes.

5.6. FIJACIÓN JURISPRUDENCIAL

La dinamicidad por naturaleza del concepto de orden público viene dada, en gran medida, por la tarea que incumbe a los tribunales de justicia de fijarlo, en cada momento y ocasión, quienes deberán buscar, al efecto, los razonamientos de sus decisiones en el espíritu de la leyes, en las normas morales generales y, también, en las circunstancias fundamentales del orden económico y social⁹⁶.

Es decir, que para que la noción de orden público sea útil y operativa, habrá de concretarse en aquellos supuestos específicos en los que deberá ser aplicada, y ello corresponde, de manera especialmente significativa, a los tribunales.

Esto ha de ser así si tenemos en cuenta que una de las principales funciones de los jueces a la hora de interpretar el Ordenamiento jurídico debe ser la de concretar y especificar las cláusulas o conceptos generales como el de orden público, ya que ésta es una función de suma importancia delegada por el legislador en los jueces, los únicos que bajo su criterio eligen para el caso específico la más adecuada de las concreciones posibles de la cláusula general⁹⁷.

En la doctrina francesa, para Simón, la noción de orden público pertenece al dominio de la interpretación judicial⁹⁸. Por su parte Pascanu afirma que corresponde el juez, como árbitro de la lucha por el Derecho, la misión de fijar constantemente el contenido de esta noción⁹⁹. Battifol identifica la noción de orden

⁹⁵ Cfr., Calvo Álvarez (*Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., pág. 131), quien afirma, además que «la necesaria estaticidad del Ordenamiento jurídico no puede ahogar su indispensable dinamicidad; la vitalidad de Derecho lo exige» (pág. 137).

⁹⁶ Cfr., Batllé Vázquez, M., «Comentario al artículo 6.º del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, págs. 109-110.

⁹⁷ Cfr., Miquel, J.M.ª, «Comentario al artículo 7.º.1 del Cc.» en *Comentarios al Código civil*, dirigidos por Paz-Ares, Díez Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador, Madrid, tomo I, 1991, págs. 36-39.

⁹⁸ Indica este autor que corresponde al magistrado la misión de fijar los aspectos concretos de la noción de Derecho y asegurar su aplicación bajo el nombre del orden público; «el juez, miembro de un grupo social determinado, tendrá, sin dejarse llevar por las oscilaciones de la opinión pública, conciencia de los caracteres esenciales de la noción de Derecho, tal y como aparece en su grupo; puede decirse que tendrá el sentido innato del Derecho de su país y del espíritu de ese Derecho, del orden público». Cfr., Simón, *L'ordre public*, Rennes, 1941, pág. 336.

⁹⁹ Cfr., Pascanu, *loc. cit.*, págs. 197 y 199. En sentido similar J. de la Morandiere afirma que debe confiarse al juez la determinación del orden público (cfr., Espín Cánovas en «Las nociones», cit., págs. 790, 804 y 891).

público con la política jurídica del país, según la entienden los tribunales¹⁰⁰. Malausie destaca la influencia de la jurisprudencia en la configuración del contenido del orden público delimitando dos campos de actuación distintos que él denomina «orden público legislativo» y «orden público judicial»¹⁰¹.

Entre nosotros, Espín Cánovas explica que la flexibilidad característica del orden público, viene determinada fundamentalmente por obra de la jurisprudencia cuya misión es, dentro de la sociedad, «declarar el Derecho, en todos sus aspectos, lo lícito y lo ilícito». Serán los tribunales, como órganos encargados de custodiar el Ordenamiento jurídico, quienes clarifiquen aquellos aspectos esenciales del mismo y evalúen su importancia para sancionar «con el carácter de orden público una regla o principio, cuya imperatividad impida su transgresión aunque sea a costa de limitar la libertad contractual y la autonomía privada»¹⁰².

Aguilar Navarro afirma que es el juez quien tiene la misión de la realización máxima del orden público, y en esa intervención es cuando se pone de relieve lo que él llama la «función cuasilegislativa» de los jueces¹⁰³. A través de la misma éstos interpretan y configuran, tomando como referencia las convicciones sociales de un momento histórico dado y un concreto Ordenamiento jurídico, el contenido del orden público formulado apriorísticamente por el legislador con un significado elegidamente genérico.

Para Santamaría la imprecisión característica de la noción viene dada por el carácter marcadamente judicial del orden público que no acepta normas concretas, sino que se plantea en cada caso específico, variando el criterio para resolverlo sin que cambie, sin embargo, el precepto legal donde se contiene el principio¹⁰⁴.

El orden público, por tanto, resulta principalmente de la elaboración jurisprudencial¹⁰⁵, tiene una especial vinculación con la jurisprudencia, ya que es ésta la sede concluyente donde cada día se aplica, en la práctica, el Derecho.

La propia noción de orden público es, en sí mismo, jurisprudencia, explica Calvo Álvarez, pues del respeto a los principios informadores del Ordenamiento jurídico nace el respeto a ley, y siendo el juez el principal encargado de custodiar y aplicar esta ley, es lógico, que al magistrado corresponda «defender, aplicar y conjugar los principios jurídicos, de los cuales se nutre nuestra legislación sin que

¹⁰⁰ Cfr., Battifol, *Traité élémentaire de Droit international privé*, París, 1949, pág. 380.

¹⁰¹ Cfr., Malausie, *L'ordre public et le contrat*, París, 1951, págs. 768 y sig.

¹⁰² Cfr., Espín Cánovas, «Ideas sociales reflejadas en el Código civil español (Derecho flexible)», cit., pág. 847, quien responde con estas argumentaciones al interrogante sobre la posibilidad de enumeración del contenido del orden público. Aguilar Navarro, en *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, vol. I, tomo II, Madrid, 1969, págs. 188-189, reconoce la imposibilidad de una enunciación taxativa del orden público y explica que «el orden público marca una línea general indicativa que sólo adquiere concreción y contenido posteriormente por la acción casuística de la jurisprudencia».

¹⁰³ Cfr., Aguilar Navarro, «El orden público en el Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1953, pág. 61.

¹⁰⁴ Cfr., Santamaría, *Comentarios al Código civil*, I, Madrid, 1958, pág. 41.

¹⁰⁵ Cfr., Diéguez, *Orden público y Conflictos Colectivos*, cit., pág. 19.

lleguen a confundirse con ella. Y es el ámbito de los principios jurídicos, el ámbito de la noción de orden público»¹⁰⁶.

Resalta Doral que la noción de orden público facilita a los jueces la aplicación de la ley a cada caso concreto con criterios de justicia, teniendo en cuenta esa misión instrumental del Derecho de estar siempre al servicio de la persona y de la sociedad. Por ello la noción de orden público, como ya se dijo, no puede limitarse a su mera recepción legal, sino que se relaciona con la jurisprudencia creadora, pero no por ello el orden público se convierte en una noción exclusivamente jurisprudencial, sino que se verá influida por la doctrina científica en la tarea de interpretar aquello que se entienda por orden público, colaboración que hará que la jurisprudencia se impregne de la sensibilidad¹⁰⁷ y pretensiones de las tendencias sociales de cada momento¹⁰⁸.

Pareciendo claro a nuestro juicio que son los tribunales los encargados de fijar en cada momento el contenido de la noción estudiada, sin embargo es lo cierto que éstos, al menos en nuestro país, no se muestran especialmente decididos a acometer dicha tarea, siendo muy escasos, como se verá más adelante, los pronunciamientos que abordan con decisión este tema, limitándose en la inmensa mayoría de los casos que se ocupan de la noción a determinar si una materia o institución tiene o no el carácter de orden público, sin entrar, salvo contadas excepciones, a delimitar qué puede entenderse, en cada supuesto concreto, o cual es el contenido en el caso que se enjuicia, de la noción de orden público.

5.7. FUNCIONALIDAD NEGATIVA: LIMITACIÓN A LA VOLUNTAD

En el mundo jurídico el orden público, especialmente en su concepción clásica, tiene como misión y objetivo defender la forma de ser de una determinada sociedad, y por tanto, su organización política, sus instituciones públicas, el sistema económico, la familia, etcétera¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Cfr., Calvo Álvarez (*Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., págs. 175-178), quien matiza su afirmación en el sentido de que ello no supone que se deje exclusivamente en manos de los tribunales la construcción de la noción, sino que el orden público actúa fundamentalmente en el momento de dictarse la resolución judicial y que el tratamiento de dicha noción, al ser estrictamente jurídica, corresponde propia y primariamente a los tribunales.

¹⁰⁷ Explica este autor que la doctrina coopera con la permeabilidad de la interpretación del juez en materia de las necesidades sociales, y que se exige del jurista una especial sensibilidad para detectar en cada momento el ímpetu de la vitalidad social (cfr., Doral, *La noción de orden público en el Derecho civil español*, cit., págs. 126 y 98).

¹⁰⁸ Calvo Álvarez afirma además, que la doctrina potenciará una jurisprudencia sensible ante los continuos cambios sociales, facilitando la evolución de la interpretación del Derecho y los necesarios cambios normativos. No obstante, advierte, muchas veces la jurisprudencia se hace regresiva tardando un tiempo en adoptar los cambios legislativos de carácter positivo (*Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., págs. 96-97).

¹⁰⁹ Cfr., Navarro Vals, *Divorcio: Orden público y matrimonio canónico. Eficacia en España de las sentencias extranjeras de divorcio*, pág. 78.

Esta función defensiva, por tanto de carácter negativo, supone claramente un límite a la autonomía de la voluntad. En este sentido, se expresa De Castro diciendo que los legisladores franceses del *Code* inventaron la cláusula del orden público con la finalidad de poner un límite a la autonomía de la voluntad que el mismo Código reconocía y protegía¹¹⁰.

El orden público influye con un destacado carácter social, limitando una extensiva interpretación del campo de la autonomía de la voluntad de los particulares y de sus intereses privados, impidiendo que prevalezca el interés de éstos sobre el interés general¹¹¹.

La presencia de los principios de orden público en el ámbito del Derecho privado tiene como consecuencia una exclusión de la autonomía de la voluntad suponiendo su transgresión por los particulares la nulidad del acto al que afecte en aras de la primacía del interés público¹¹². En definitiva, como nos recuerda Ragel, el concepto de orden público es un concepto negativo, ya que su utilidad está pensada para evitar la validez de aquellos actos que vayan contra él¹¹³.

Esta formulación negativa protectora de los principios básicos de la comunidad suponía la aplicación del concepto de orden público con carácter de excepción, como ya vimos, es decir, se trataba de una limitación legal de la voluntad, excepcional y de interpretación generalmente restrictiva.

5.8. CARÁCTER POSITIVO: PROMOTOR DE DERECHOS

Sin embargo, además de esta finalidad defensiva, la evolución de la figura hasta llegar al concepto actual de orden público ha hecho que más que negativo su carácter sea fundamentalmente positivo¹¹⁴. En efecto, ahora, afirma Doral, al perder su identidad con la ley imperativa, su función no puede limitarse a ser sim-

¹¹⁰ Explica De Castro que entonces con el orden público no se estaba ante una lucha directa entre la voluntad de los particulares y la voluntad general o estatal, sino entre leyes o normas del mismo *Code*. Implica el dotar de una mayor fuerza a unas normas imperativas sobre otras igualmente imperativas. Es lo que él llama el concepto técnico de orden público utilizado para designar «aquellas normas que alcanzan un valor preferente respecto de otras, también imperativas del mismo Ordenamiento». Cfr., De Castro, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», cit., págs. 1030-1031.

¹¹¹ Cfr., Manresa, *Comentarios al Código civil español*, VIII, 3.ª ed., Madrid, 1958, pág. 621.

¹¹² Cfr., Valpuesta, *Los pactos de separación de hecho: historia y presente*, cit., pág. 173.

¹¹³ Cfr., Ragel, *Manual de Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, cit., pág. 125.

¹¹⁴ Aguilar Navarro («El orden público», cit., pág. 38) entiende que «el orden público no es ya una cláusula de reserva defensiva y estáticamente entendida; es una visión dinámica y ofensiva que apoyándose en la noción de abuso del Derecho, permite, por su propio medio, corregir la gran injusticia que pueda encerrarse en la vaga fórmula del precepto, en la literal naturaleza del articulado», en pág. 90. Por su parte, Doral (*La noción de orden público en el Derecho civil español*, cit., pág. 139), tras afirmar el carácter positivo de la noción afirma que si se habla de crisis del concepto es «solamente referida a su dimensión legalista, difícilmente compatible con los principios innovadores –universalidad, socialización y democratización– en que se afirma la sociedad moderna. Por eso, la noción de orden público ocupa en estos momentos su primer plano de actualidad».

plemente negativa, por lo que pasa a ser un mecanismo idóneo al servicio de las esencias del Derecho. Entonces la noción adquiere ya tintes positivos, convirtiéndose en una eficaz herramienta mediante la cual se garantiza el ejercicio de las libertades sociales¹¹⁵.

Señala Cossío Corral que «aunque el orden público supone una barrera meramente negativa, su contenido se halla, en último término, determinado por un sistema positivo de principios generalmente admitidos¹¹⁶. Doral explica que incluso cuando el orden público interviene como mecanismo defensor de los estos principios jurídicos fundamentales, no solamente no se opone a la libertad sino que, además, «la exige y presupone»¹¹⁷.

El paso de un sistema de tolerancia de libertades a otro que reconoce expresamente esas libertades indica Calvo refleja la evolución que experimenta la propia noción de orden público, al pasar de una concepción negativa y estática, esto es, limitadora, a otra positiva y dinámica, es decir, de fomento o promoción de tales libertades.

El orden público, reitera, es un instrumento jurídico de promoción y defensa de los principios informadores de todo Ordenamiento jurídico, una herramienta útil para la efectiva aplicación del Derecho por el juez, tanto por su flexibilidad de adaptación a la realidad social como por su carácter de promoción de derechos, es decir, positivo¹¹⁸.

Una de las manifestaciones concretas de esta funcionalidad positiva de la noción de orden público puede ser, desde nuestro punto de vista, la defensa que el mismo Estado hace del principio de la autonomía de la voluntad garantizando

¹¹⁵ Cfr., Doral, *La noción de orden público en el Derecho civil español*, cit., págs. 20-21. En el mismo sentido también, del mismo autor, «Orden público (voz)», cit., pág. 381. En la misma línea Bonet Ramón comentó que el orden público no sólo ha incrementado su presencia de manera particularmente significativa en el campo del Derecho privado, sino que además ha cambiado de signo, pues mientras «en la concepción individualista tenía un simple sentido negativo, marcando prohibiciones, en las concepciones sociales contemporáneas de alcance político legislativo, el orden público aparece bajo el signo positivo como imperativo que marca rumbos y derivaciones a la voluntad individual». Cfr., Bonet Ramón, «Sistema interno del Derecho civil», *Revista de Derecho Privado*, 1953, pág. 1117.

¹¹⁶ Cfr., A. de Cossío «Libertad civil y libertad religiosa», en *Atlántida*, IV, 1966, pág. 721.

¹¹⁷ Cfr., Doral, *La noción de orden público en el Derecho civil español*, cit., pág. 62.

¹¹⁸ Reivindica este autor una nueva visión del orden público concibiéndolo como «un orden que incluye en su misma naturaleza el respeto de la libertad». Para ello se basa en el sentido que a la noción de orden público da la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, de las Naciones Unidas, en su art. 29, párrafo 2.º, según la cual «en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática». Y culmina argumentando que la orientación que deberá guiar a la noción de orden público deberá partir del principio que recoge el art. 10.2 de la Constitución Española sobre la necesidad de interpretar nuestras normas de acuerdo con la citada Declaración Universal de los Derechos Humanos. Tras lo anterior concluye determinando que la primera y principal tarea del orden público consiste en el respeto y fomento de la libertad. Cfr., Calvo Álvarez, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., págs. 133-136.

su ejercicio al considerarlo propiamente como de orden público. Así, si en un principio la fundamental consecuencia de la intervención del orden público en el mundo del Derecho privado era la limitación de la autonomía privada, resulta paradójico que ahora la misma noción, tras su lógica evolución, sea utilizada a su vez para garantizar el desarrollo de la misma.

Esta paradoja¹¹⁹ es lógica ahora habida cuenta, además de la citada evolución de la noción de orden público, de la nueva orientación tomada por la autonomía privada¹²⁰.

6. ÁMBITO DE PROTECCIÓN: LA PERSONA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Aunque sería arriesgado tratar de hacer una precisa enumeración o un catálogo de aquellos bienes jurídicos que son protegidos por el orden público, sí podemos al menos advertir, con algún autor que, tras contemplar las normas fundamentales, las instituciones jurídicas más significativas y el examen de los valores más sólidos de la comunidad, que lo que se pretende proteger con aquella noción, es, genéricamente, a «la sociedad en sus fundamentos nucleares»¹²¹.

Y es evidente que lo primeramente esencial de toda sociedad es la persona, pues como recuerda Díez-Picazo y Gullón, la persona es la realidad jurídica primaria ya que por su causa existe todo el Derecho¹²², por lo que todo lo referido a la protección de la persona y al campo inmediato en el que ésta se desenvuelve, el de la personalidad¹²³, será objeto de protección por parte de la noción de orden público¹²⁴.

¹¹⁹ Ya decía De Castro (*El negocio jurídico*, cit., pág. 17) que la «defensa por el Estado de la autonomía privada supone ya la intervención de aquel».

¹²⁰ Para Valpuesta (ob. cit., págs. 176-177) no cabe entender en la actualidad la autonomía privada en el amplio sentido en que fue concebida en su génesis, sino que ahora debe estimarse eficaz siempre que esté acorde con los intereses generales, o cuando menos, no esté en abierta contradicción con lo pretendido por la organización social y política, que vendrá reflejado y determinado en la noción de orden público. Por tanto la autonomía privada debe entenderse en relación con el orden público en la medida en que éste supone una orientación a la misma.

¹²¹ Gráficamente explica el autor referido que no será de orden público, por ejemplo, el fomento de la pesca deportiva por mucho que esta actividad implique un interés legítimo y protegible, pero por contra, sí lo será la protección de los intereses sociales más relevantes de la comunidad: los «intereses institucionales básicos de la vida jurídica y social», bienes éstos protegidos por el orden público «cuya certeza en la necesidad de su protección es manifiesta; son *restringidos y trascendentes*» (el subrayado es del autor). Cfr., Calvo Álvarez, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., págs. 141-143.

¹²² Cfr., Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 1989; pág. 224.

¹²³ Explica el profesor De Castro que con los términos personalidad y derecho (o derechos) de la personalidad se pretende definir una misma realidad: «los valores del hombre como persona», en «Los llamados derechos de la personalidad» en *Anuario de Derecho Civil*, 1959; págs. 1238-1239.

¹²⁴ Los «bienes de la personalidad» conforman cualidades consustanciales a la persona que son: innatas a ella, «intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles», habiendo previsto el Ordenamiento

La forma o el modo particular de estar cada individuo en la sociedad determinará su estado civil y la protección de éste va unida al reconocimiento de los valores personales de cada ser humano¹²⁵, por ello, afirma De Castro, «la condición civil de la persona interesa a la misma estructura de la comunidad», razón por la que todo lo referente al estado civil de las personas se considera de orden público¹²⁶.

Sin embargo, en el matrimonio caben los pactos patrimoniales y hasta los personales. Incluso se reconoce legalmente, en el art. 90 del Código civil, por ejemplo, la posibilidad de pactar sobre el ejercicio de la patria potestad y demás medidas sobre los hijos.

La persona es, por lo tanto, el principal bien que trata de proteger el orden público, y seguramente la primordial y fundamental –aunque a nuestro juicio no la única– dimensión de la apertura personal del ser humano sea la familia, por ello, son tradicionalmente de orden público los principios que se refieren a la familia y las normas que regulan la institución familiar¹²⁷.

Debido a la trascendencia social de estas materias, «por razones superiores», afirma enigmáticamente De Castro, las mismas se hallan sustraídas al poder de disposición de los individuos siendo precisamente el orden público quien exige esta indisponibilidad¹²⁸.

Opina Calvo, autor con el que compartimos, en cierta medida, su concepción de una noción actualizada de orden público, que la familia, nace y se consolida en el matrimonio, fundamentando y unificando la vida social, lo que quizás pudiera sostenerse, entendiendo la familia en sentido amplio desde nuestro punto de vista, sin embargo, seguidamente utiliza dicho argumento para tratar de justificar, la que para su juicio es la «natural indisolubilidad del vínculo matrimonial»¹²⁹.

jurídico en determinados supuestos la nulidad de los actos o negocios jurídicos que transgredan atributos personalísimos, aunque nuestro Código civil, en el art. 1.255, estipula un mecanismo técnico apropiado para protegerlos en el tráfico jurídico, esto es, acudir al recurso de la moral, el orden público o las buenas costumbres. Cfr., Díez Picazo y Gullón, *Sistema*, cit., pág. 317. Sin embargo, debe recordarse que la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección al Honor, a la Intimidad Personal y a la propia Imagen, permite negociar con estos bienes, como ocurre frecuentemente entre los personajes famosos que «venden» en exclusiva a determinados medios (las revistas llamadas del «corazón») importantes parcelas de su intimidad y de su imagen.

¹²⁵ Cfr., Calvo Álvarez, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., pág. 145.

¹²⁶ Cfr., De Castro, *Derecho Civil de España. Parte General*, II, 1, Madrid, 1952, pág. 72.

¹²⁷ Cfr., Doral, «Orden Público», cit., págs. 380-381. Por otra parte, los padres han de prestar su consentimiento para figuras jurídicas de contenido familiar como el acogimiento (art. 173.2 del Código civil), para la adopción (art. 177.2 del mismo código) y para la emancipación (art. 317.2 también del Código civil).

¹²⁸ Explica este autor que es invocado el interés u orden público «por el carácter irrenunciable de los derechos y facultades unidos al ser de la persona (derechos de la personalidad), al cumplimiento de ciertos deberes (patria potestad, tutela, etc.), de protección de personas... y de todos los derechos o facultades sustraídas, por razones superiores, al poder de disposición del individuo (estado civil, familia)». Cfr., De Castro, *Derecho Civil de España, Parte General*, I, Madrid, 1955, págs. 601-602.

¹²⁹ Argumenta, referido autor, que hay que dudar de la legitimidad de uso dada a la noción de orden público cuando se interpreta en el sentido de impedir que éste proteja «propiedades *esenciales*

Aunque no vamos a detenernos aquí en rebatir con detalle tan singular postura (máxime al ser sostenida después de promulgación de la Constitución de 1978 y las leyes de reforma del matrimonio 13 de mayo y 7 de julio de 1981), simplemente deseamos hacer constar, que nuestra posición, como es evidente, es abiertamente contraria a este rancio planteamiento, pues, pensamos, como veremos más adelante, que seguramente la noción actual de orden público deba extraerse del texto y principios emanados de la propia Constitución española citada.

Siendo la protección a la familia resultado de la salvaguardia de la propia persona hay que matizar que, lógicamente, ésta no se desenvuelve sólo y exclusivamente dentro de aquélla, sino que se abre al resto de la sociedad donde la libertad personal es absolutamente necesaria para poder desarrollarse en la comunidad e intervenir en ella y actuar válidamente en el tráfico jurídico, por ello, comenta Doral, es natural la tendencia constante de nuestra jurisprudencia moderna de enlazar la libertad personal con el orden público¹³⁰.

El orden público ampara las libertades humanas y tiene como una de sus funciones principales la defensa y promoción del ser humano¹³¹ y del libre ejercicio de lo propiamente personal, siendo consustancial y previo a todo lo anterior la existencia de ciertos derechos innatos a toda persona humana¹³², los llamados derechos humanos¹³³.

de una institución *básica* de la vida social», refiriéndose a la pretendida indisolubilidad del matrimonio (el subrayado es del citado autor). Al efecto indica que la no consideración de esta indisolubilidad dentro de los principios jurídicos y morales que el Estado está obligado a defender a través del orden público, supone el vaciar de contenido el art. 32.1 de la Constitución y que la privación de rango constitucional del principio de indisolubilidad no implica, necesariamente la desprotección jurídica de la familia, por lo que el orden público no sólo no tiene que porqué estar constreñido en la ley sino, tampoco en la Constitución: «Es cierto —escribe— que el orden público se subsume en el orden jurídico, pero no en el Ordenamiento. El orden público no queda aprisionado en la ley, aunque ésta sea constitucional». Cfr., Calvo Álvarez, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., págs. 147-148 y, especialmente, nota 395.

¹³⁰ Cfr., Doral, *La noción de orden público en el Derecho civil español*, cit., pág. 67 y también, Calvo Álvarez, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., págs. 149-150.

¹³¹ Alzaga, en *Comentario sistemático a la Constitución*, cit., págs. 743-745, justifica el carácter de orden público que tienen los derechos fundamentales de la persona lo que permite y exige la intervención del Ministerio Fiscal en procesos jurisdiccionales, no tanto para proteger la seguridad del Estado, más propio del Abogado del Estado, sino sobre todo para proteger los derechos fundamentales de la persona. Sobre una visión de orden público, desde el prisma de los derechos humanos, aunque con una perspectiva preconstitucional Sánchez de la Torre; Ángel, «Orden jurídico y Derechos Humanos» en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXXIV, tomo LXXI, noviembre 1975, págs. 439-447.

¹³² Lo resalta de manera muy interesante Doral (*La noción de orden público en el Derecho civil español*, cit., pág. 79) al comentar que: «hoy más que nunca sorprende y se critica cualquier pretensión de “conceder” lo que ya pertenece por “derecho” a la persona humana. El orden público no debe vincularse a esta “concesión” por parte de los titulares de la potestad pública, que se irrogasen una presunta tarea de distribución graciosa».

¹³³ Derechos humanos básicos o fundamentales e inviolables que comprometen a todos, sujetos públicos y privados, que por todos deben ser defendidos y promocionados, como unánimemente se acepta por la conciencia jurídica universal, y así ha sido recogido en conocidas declaraciones univer-

Además esta funcionalidad del orden público vincula directamente a los jueces que en la aplicación del art. 1255 del Código civil tienen la obligación de incorporar los valores fundamentales reconocidos en la Constitución en dicha noción¹³⁴.

Por ello, desde nuestra óptica, parece que la evolución del nuevo concepto de orden público y de su contenido, no ya meramente negativo sino con sugerentes rasgos positivos, se desliza en nuestros días hacia la protección de la persona, como miembro integrante de la comunidad, y de los derechos más fundamentales de aquélla, extremos éstos que apuntan, desde luego hacia una nueva y atractiva configuración del concepto, próxima a las ideas de los valores y principios que se vislumbran en el decisivo art. 10.1 nuestra Constitución vigente.

7. BREVE REFERENCIA A LA *DRITTWIRKUNG*

Si estamos, en cierta medida, contemplando el concepto de orden público en íntima conexión con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, y además, esta noción, tal como es bien sabido, interviene como límite a la autonomía de la voluntad en la actuación de los particulares, no será ocioso hacer una sucinta referencia a una construcción doctrinal que tiene mucho que ver con las nociones que estamos tratando.

Según esta teoría, planteada inicialmente por Nipperdey en la doctrina alemana, la *Drittwirkung* afirma el carácter vinculante de los derechos fundamentales, no sólo para los poderes públicos, como está constitucionalmente declarado y unánimemente admitido, sino también, entre los demás particulares¹³⁵.

Es decir, se trata de saber si los particulares gozan de algún tipo de protección jurídica eficaz frente al no reconocimiento de sus derechos fundamentales por otros particulares cuando contratan con él, o también, cuando tales particulares se niegan a contratar con él conculcando algunos de sus derechos constitucionales.

En el Derecho privado, esta teoría afecta tanto a la libertad contractual, libertad de pactos o libertad para fijar el contenido de los contratos (*Gestaltungsfreiheit*)

sales asumidas, en sus textos fundamentales, al menos formalmente, por la inmensa mayoría de los países del mundo civilizado y por todos los contemporáneos de corte democrático.

¹³⁴ Cfr., Alfaro Águila-Real, J., «Autonomía privada y derechos fundamentales» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, fascículo I, enero-marzo, 1993, pág. 75.

¹³⁵ Cfr., Alfaro Águila-Real, «Autonomía privada y derechos fundamentales», cit., pág. 59, nota 4, quien estudia con cierto detenimiento el problema partiendo de la inicial afirmación de H. C. Nipperdey (en *Die Würde des Menschen*, 1954) al decir que: «si incluso el Estado está vinculado por los derechos fundamentales, mucho más lo estarán los ciudadanos», doctrina, sin embargo, que no fue adoptada por el Tribunal Constitucional alemán y que luego el mismo autor modificó para sostener igualmente la eficacia directa de los derechos fundamentales pero no ya referida a los actos de los particulares, sino al Derecho privado en general. En España, aunque algunos autores afirman esta eficacia de los derechos fundamentales en los particulares, lo cierto es que no existe apoyo normativo alguno que sostenga esta teoría.

como a la libertad para contratar o no y para elegir al otro contratante (*Abschlusfreiheit*), libertades éstas que se desprenden de la autonomía privada.

Al perjudicado por otro particular que le imponga un contenido discriminatorio del contrato, sólo le queda contratar y luego impugnar dicho acuerdo por lesionar el contenido sus derechos fundamentales. En este primer caso nos encontramos ante el problema de la renunciabilidad de los derechos y la disponibilidad de los mismos, apareciendo aquí el orden público para limitar la propia actuación a través de los arts. 6.2 y 1.255 del Código civil, ya que ha de entenderse que, aunque cabe limitar los derechos propios mediante contrato, los derechos fundamentales están fuera del comercio y no cabe renuncia alguna sobre su titularidad.

En el segundo caso habría que acudir al art. 7.2 del mismo cuerpo legal al prohibirse el ejercicio abusivo o antisocial de los derechos y exigir que se contrate con él en idénticas condiciones que con los demás o tal como se hubiere hecho en la oferta, si existiese.

Para Alfaro, a quien seguimos en esta materia, en ambos casos se interviene para establecer límites a la autonomía privada precisamente como consecuencia del reconocimiento en la Constitución de los derechos fundamentales de la persona y esta actuación tiene su apoyo en el mandato que el art. 10 de la Constitución dirige a los poderes públicos¹³⁶.

En nuestra opinión, la conexión entre la *Drittwirkung*, de escasa operatividad práctica en nuestro sistema, y el orden público, vendrá dada por el contenido básico de esta última noción en materia de derechos fundamentales de la persona, es decir, el orden público establecerá el límite constitucional mínimo en esta materia que habrán de respetar los particulares cuando contraten con otros particulares, pero teniendo claro que su desconocimiento, al no vincular directamente a los particulares, únicamente autorizará al perjudicado a acudir a los tribunales ordinarios invocando la legislación aplicable (ya que el mandato directo sólo alcanza de manera plena a los poderes públicos), para lograr de manera indirecta, por vía de la cláusula de orden público o incluso de la noción de abuso del derecho o ejercicio antisocial (entiéndase anticonstitucional) del mismo, la aplicación de los principios constitucionales que se refieren a los derechos fundamentales.

¹³⁶ Negada por este autor la *unmittelbare Drittwirkung*, o eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales en la actuación de los particulares, es preciso que quienes vean conculcados estos derechos básicos a la hora de contratar acudan a la mediación del Estado, único con mandato directo del legislador constituyente (art. 53.1 de la Constitución), para solventar la lesión y restablecer la situación jurídica producida, todo ello a través del legislador (que deberá dictar normas de Derecho privado para dar vigencia social a los derechos fundamentales), los tribunales ordinarios (que son los encargados de llenar de contenido las nociones generales como la de orden público) y el Tribunal Constitucional (que supervisará la actividad del legislador y de los jueces) en última instancia para reclamar la vigencia social de los derechos fundamentales. Cfr. Alfaro Águila-Real, «Autonomía privada y derechos fundamentales», cit., págs. 121-122.

8. EL CONTENIDO DEL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA RECIENTE

Sintetizando, es sabido que el Derecho no puede prever la totalidad de los supuestos de hecho posibles, sino que tiene que arbitrar nociones de contenido amplio y gran flexibilidad para orientar su correcta aplicación: en nuestro caso, el orden público.

Además, la autonomía privada, consecuencia del principio general de libertad, genera con su ejercicio la aparición de un Derecho autónomo surgido de la iniciativa de los particulares que precisa de unas directrices generales de justicia que lo corrijan para atemperar el impacto de esta concepción exclusivamente individualista del derecho, directrices, límites y principios que han de contenerse en una noción como la de orden público a la que se ha de acudir para corregir y depurar estas normas nacidas de los pactos entre los particulares.

Sobre su contenido¹³⁷ Calvo afirma que estaría formado por el espíritu del Derecho vigente en una sociedad y tiempo determinados, los principios jurídicos esenciales de ese país¹³⁸.

Doral, muy atento, en su concepción del orden público, a su dinamismo y contacto con la realidad social, resume el contenido de la noción indicando que expresa el sentimiento jurídico de la sociedad que compone el marco en el que se desarrollan las tareas legislativa y jurisprudencial¹³⁹. Además, considera que son también aspectos concretos del orden público, entre otros, el respeto a la buena fe, a la confianza, o al mantenimiento de los derechos adquiridos¹⁴⁰.

El orden público está constituido, para Díez-Picazo, por aquellas normas en donde cristalizan las convicciones básicas de un grupo humano respecto a su propia organización fundamental¹⁴¹.

Una serie de principios de naturaleza positiva, que no pueden considerarse como propiamente morales, escribe Cossío Corral, pero que conforman la base

¹³⁷ Hay que recordar que el contenido del orden público se aminora en los países con sistemas económicos y regímenes políticos liberales, mientras que se amplía extraordinariamente en aquellos de signo proteccionista o planificadores que implican una menor libertad contractual. Cfr., Reverte Navarro, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XVII, vol. 1.ª-A, «arts. 1.254 a 1.260», Madrid, 1993, pág. 267.

¹³⁸ Cfr., Calvo Álvarez, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., pág. 125, quien precisa, para resumir su postura, que esta noción de orden público, que por su naturaleza adquiere un carácter dinámico y contingente, opera en el campo de los principios jurídicos y tiene su aplicación habitual en el Derecho civil.

¹³⁹ «El orden público no es simple estructura del orden social establecido, sino el núcleo mismo de ese orden, nunca acabado y perfecto, porque en su dinamismo, tiende a perfeccionarse más y más en sus sucesivos logros». Cfr., Doral, *La noción de orden público en el Derecho civil español*, cit., pág. 136.

¹⁴⁰ Cfr., Doral, «Orden público», cit., pág. 381.

¹⁴¹ Cfr., Díez-Picazo, *Estudios sobre jurisprudencia civil*, Madrid, 1969, vol. 2, pág. 472.

del Ordenamiento jurídico y político de un país, formarían el contenido de la noción de orden público¹⁴².

Se pregunta Espín Cánovas si es posible una enumeración del contenido del orden público, como ya lo intentara la escuela exegética francesa, respondiéndose que su variabilidad, consecuencia de los cambios legislativos, y sobre todo, por la estructura constitucional de los Estados, hace impensable esa enumeración que estaría siempre en constante revisión, concluyendo que es tarea de la jurisprudencia determinar el carácter de orden público de una regla o principio, cuya imperatividad impida su transgresión, aunque sea a costa de limitar la libertad contractual y la autonomía privada¹⁴³.

Luna Serrano configura el orden público como aquel conjunto de reglas cardinales imprescindibles que en un Ordenamiento jurídico componen sus reglas imperativas y cuyo desconocimiento desnaturalizaría ese sistema jurídico global¹⁴⁴.

Indica De Castro que la referencia a las normas no positivadas que se contiene en la noción de orden público está integrada por aquellos principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas, encaminadas unas veces a dar prioridad a una norma respecto de otra, y otras a inspirar el sentido cambiante de las distintas instituciones dentro del movimiento de ideas que rigen el Ordenamiento jurídico¹⁴⁵.

Desde otro punto de vista, los principios de respeto a la libertad, no discriminación ante la ley y representatividad son, para Doral, las líneas o vías por las que se mueve la noción de orden público¹⁴⁶, principios que, como muy acertadamente señala Izu Belloso¹⁴⁷, son muy parecidos a esos «valores superiores» contenidos en el art. 1.º de la Constitución de 1978: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Además, son fundamento del orden político y de la paz social, según el art. 10.1 de la Constitución, la dignidad de la persona, sus derechos inviolables, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás.

¹⁴² Principios que latén y ordenan todo el sistema legal aceptado y cuyo desconocimiento supondría la negación del propio orden, por ello un pacto que los desconociera sería un pacto contrario al orden público y por tanto un pacto nulo, pues sería «un pacto contra el espíritu más profundo del Ordenamiento total de la nación». Cfr., Cossío, *Instituciones*, I, cit., pág. 245.

¹⁴³ Cfr., Espín Cánovas, «Ideas sociales reflejadas en el Código civil español (Derecho flexible)» cit., pág. 847.

¹⁴⁴ Cfr., Luna Serrano en Lacruz, *Elementos*, I-3.º, pág. 157.

¹⁴⁵ Estas ideas de lo justo y de las de las buenas costumbres «son las que orientan la interpretación de las normas y las que funcionan como de orden público, cuando actúan de modo negativo, rechazando apoyo jurídico a un resultado que repugnaría al buen sentido de lo equitativo y decente»: Cfr., De Castro, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», cit., pág. 1034.

¹⁴⁶ Esta posición aun no siendo muy reciente (pues data de su obra editada en 1967, *La noción de orden público en el Derecho civil español*), sí la podemos calificar de innovadora y precursora habida cuenta de su asunción por el propio legislador constitucional, once años después.

¹⁴⁷ Cfr., Izu Belloso, M. J., «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 58, abril-junio, 1988, págs. 237-238.

Estos valores y principios, configuran, según nuestro punto de vista, en la actualidad, junto con otros que también se desprenden de la misma Norma Suprema¹⁴⁸, una correcta y moderna noción de orden público.

El concepto de orden público es entendido, por tanto, como orden fundamental de la comunidad¹⁴⁹, muy próximo al concepto de orden constitucional.

Esta manera de entender el orden público como conjunto de valores o principios fundamentales de la comunidad política¹⁵⁰, es decir, como orden constitucional, implica necesariamente que los valores y principios sean los expresamente previstos en nuestra Constitución.

En esta línea, precisa Ragel que en la actualidad el orden público, entendido como límite a la autonomía de la voluntad, únicamente debe ser admitido cuando exista una nítida transgresión de los preceptos constitucionales y, especialmente, de la dignidad de la persona o de los derechos fundamentales que le son inherentes¹⁵¹.

Muy recientemente, Luna Serrano ha contemplado este nuevo sentido del orden público de acuerdo con la «modernamente aceptada integración» de su contenido con los valores que reclama nuestra Constitución política, sujetando nuestras instituciones jurídicas a estos principios constitucionales básicos¹⁵².

Sin embargo, a esta concepción de entender en cierta medida el orden público como aquella noción integrada por los preceptos de la Constitución referidos a la dignidad de la persona y al respeto de sus derechos fundamentales, que compartimos abiertamente, se le podría objetar que ello supondría un retroceso pues estaríamos de nuevo identificando el orden público con la ley imperativa, aunque

¹⁴⁸ Contienen también reglas básicas de nuestro sistema jurídico, con especial trascendencia en el Derecho civil, los arts. 12, 14, 16, 19, 22, 32, 38, 45 y 47 de la Constitución.

¹⁴⁹ Cfr., Escobar Aroca, G., *La objeción de conciencia en la Constitución española*, Madrid, 1993, pág. 229, quien indica que el concepto de orden público, como todos los conceptos jurídicos, evoluciona y no puede ser entendido de igual forma en cualquier Ordenamiento jurídico, debiendo ser definido de acuerdo con la Constitución.

¹⁵⁰ Alzaga, en los trabajos previos a la Constitución definió al orden público como el conjunto de principios morales y jurídicos que son esenciales para el Estado, en *Constitución española, Trabajos...*, cit, I, pág. 1014.

¹⁵¹ Hay que tener en cuenta que los criterios básicos y las convicciones de la sociedad están plasmados en la Constitución, por ello, el orden público debe identificarse con aquellos preceptos constitucionales que impiden al particular desarrollar su libertad en detrimento de los derechos de los demás. Cfr., Ragel, *Manual de Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, cit, págs. 125 y 127.

¹⁵² Cfr., Luna Serrano, «El límite del orden público en la constitución de las servidumbres prediales», cit., pág. 285. Destaca este autor las importantes aportaciones de la doctrina italiana para determinar el límite normativo en que consiste el orden público. A tal efecto, y como conclusión indica que a la construcción del orden público en Italia participan en la actualidad de manera decisiva los valores constitucionales del respeto a los derechos y libertades fundamentales, el derecho a la igualdad, las exigencias de la utilidad social, así como del principio de solidaridad.

ésta de rango constitucional, como ya se ha señalado por algún autor¹⁵³, con todos los convincentes argumentos ya expuestos sobre lo pernicioso de un orden público legal o de carácter meramente normativo.

Pero, como se recordará, aquellos argumentos iban, fundamentalmente, en el sentido de afirmar que un orden público legal permitiría al Estado, es decir, a los gobernantes del mismo, manejar a su antojo el concepto según sus conveniencias coyunturales de cualquier carácter, incluso político, debido sobre todo a la enorme posibilidad real que tienen los administradores de turno para intervenir el proceso de elaboración de las leyes siendo éstas muchas veces meros instrumentos del ejecutivo, dado el control que, en la práctica, éste tiene sobre el poder legislativo, con lo que carecería la noción de toda la operatividad argumentada.

Pensamos, no obstante, que actualmente ello no es así y que dichos argumentos no son válidos para rebatir nuestra idea, pues hay que recordar que no estamos hablando de leyes meramente formales, sino de la Constitución, norma fundamental del Estado, que requiere unos requisitos y unas mayorías muy cualificadas para su modificación, especialmente si se trata de reformar preceptos de los considerados básicos como son aquellos que afectan a los derechos fundamentales y libertades públicas, siendo en la realidad, en las democracias occidentales, extremadamente complicado, proceder a una reforma constitucional de este calibre por parte del gobernante de turno, incluso aunque gozase de una amplia mayoría en las cámaras legislativas.

Por todo lo anterior, cabe defender un concepto de orden público extraído de la Constitución, aunque no de toda ella, sino sólo de la parte que afecta a la dignidad y los derechos fundamentales de la persona, así como a los valores y principios que la sitúan en su contexto, evitando lógicamente la absoluta identificación entre orden público y Constitución, ya que no todo lo contenido en ella puede subsumirse en la noción, motivo por el que hemos evitado utilizar la denominación de orden público constitucional.

La noción actualizada de orden público que proponemos estaría formada, básicamente, como hemos dicho, por aquellas disposiciones constitucionales que defienden la dignidad de la persona y los derechos fundamentales de ésta, pero no sólo por tales preceptos positivos, sino también, y esto es de gran importancia, por los valores y principios básicos que se extraen de la propia Constitución a la hora de integrar e interpretar estos mandatos, y desde luego, por la jurisprudencia constitucional y ordinaria en su fructífera labor de aplicar analizadamente aquellos principios y preceptos dándoles su más eficaz sentido en cada supuesto y momento determinados.

¹⁵³ Cfr., Calvo Álvarez (*Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit., pág. 148, nota 395) quien sostuvo, como ya reseñamos más arriba «que el orden público no queda aprisionado por la ley, aunque ésta sea constitucional», al sostener con escasos argumentos, pese a la vigencia del art. 32 de la Constitución, el actualmente caduco principio de la indisolubilidad matrimonial.

9. EL LLAMADO ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

Vamos a comentar someramente a continuación de manera específica ciertos aspectos de este nuevo concepto dada la trascendencia que para cierta doctrina que justifica su independencia ha tomado esta diferente vertiente de la noción de orden público.

Relativamente reciente ha sido la aparición en la doctrina del término orden público económico¹⁵⁴ para referirse a la ordenación de la economía que imponen los poderes públicos del Estado con el principal efecto de limitar considerablemente la libertad de contratación que, con carácter general, preside el Ordenamiento.

En España el legislador lo introdujo en 1963¹⁵⁵ al objeto de configurar un nuevo aspecto del concepto de orden público, el económico, en el que justificar la intervención económico-administrativa estatal para reprimir las prácticas que restringen la libre competencia en el mercado.

La jurisprudencia acepta pronto de buen grado este nuevo concepto inicialmente en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1979¹⁵⁶ y más recientemente en la de 30 de diciembre de 1993¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Término introducido en la doctrina francesa por Georges Ripert (*L'ordre économique et la liberté contractuelle*, en «Recueil Gény», 1934, t. II, pág. 347. Posteriores trabajos del mismo autor sobre el tema fueron *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, París, 1948, págs. 255-282 y también en *Le déclin du droit, Etude de législation contemporaine*, París, 1949, pág. 49) quien le dedicó gran atención al mismo, para distinguirlo del orden público tradicional contenido en el art. 6 del *Code*, y referido este nuevo orden público económico a la organización económica del Estado, extendiendo con éxito su aplicación dentro y fuera de su país. Importantes trabajos fueron también los de Farjat, quizá el mejor de los publicados *L'ordre public économique*, París, 1963, R. Savatier, *L'ordre public économique*, chronique au Dalloz hebdomadaire, 1965, también G. B. Ferri, «L'ordine pubblico economico (a proposito di una recente pubblicazione)» en *Riv. Dir. Comm.*, 1964-I, que comenta de manera interesante la obra de Farjat, y por último, Simitis, M. K., *Gutte Sitten un «ordre public»*, Marburg, 1960, entre otros.

¹⁵⁵ En la Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 20 de julio de 1963 cuya Exposición de Motivos (III.1) se definía al orden público económico como «un concepto en blanco que la legislación va en cada momento concretando» con el efecto de comportar «una limitación a la libertad genérica de los particulares», disponiendo su art. 1.º, apartado segundo, que son nulos como contrarios a la ley y al *orden público*, los convenios, acuerdos y decisiones de todo género que originen prácticas de las prohibidas y descritas en el apartado primero del mismo artículo. Por otra parte, esta Ley ha sido derogada recientemente mediante la Disposición Derogatoria de la Ley 16/1989 de 17 de julio sobre Normas Reguladoras de la Defensa de la Competencia.

¹⁵⁶ Esta sentencia de la Sala I.ª afirma a la vista del art. 3.1 del Código civil que es posible la construcción de un concepto de orden público en la esfera de la economía para defender «la libre iniciativa sobre la base de las limitaciones impuestas a la autonomía privada y protegiendo la libertad de actuación frente a las hegemonías monopolísticas, de tal forma que resulte coordinada la actividad de los particulares con el interés social manifestado en la organización dada a la materia por precepto de derecho cogente». Entendía la sentencia que el convenio surgido para limitar la competencia infringe los arts. 1.255 y 1.275 del Código civil.

¹⁵⁷ Sentencia de la Sala I.ª (ponente González Poveda) que en su Fundamento de Derecho Tercero dice: «Examinando la cuestión desde el plano del Derecho interno español, no ofrece dudas el carácter administrativo de la actividad del Estado dirigida al mantenimiento del *orden público económico*

Teniendo ambas el mismo efecto de romper el principio de la justicia rogada, diferencia no obstante claramente el profesor De Castro este nuevo concepto del tradicional que estudiamos caracterizándose el orden público económico por ser la exteriorización de los mandatos legales imperativos que se ponen en mano de la Administración para que mediante reglamentos o actos administrativos intervengan en la ordenación general de la economía del Estado, denominando, por contra, a la otra noción, orden público jurídico, basado en normas extrapositivas, ya no en textos legales, cuya finalidad es la de evitar la contratación de aquello que transgreda el buen sentido de lo justo o de la moral¹⁵⁸.

Para Díez-Picazo el orden público económico es un concepto más amplio de lo generalmente admitido pues incluye además de las actividades del Estado para ordenar económicamente la sociedad, las directrices básicas de la estructura y del sistema económico de cada momento histórico de esa comunidad¹⁵⁹, integrando dentro de éstas los grandes principios económicos como son la propiedad privada, la conmutatividad del comercio jurídico, el principio de la buena fe y la moralización de las relaciones económicas, la iniciativa privada y la libertad económica, es decir, la regla de la libertad contractual pero limitada por una concepción social del Derecho¹⁶⁰.

uno de cuyos instrumentos técnico-jurídicos es la Ley 110/63, de 20 de julio, sobre «Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia», como se reitera en el preámbulo de la propia Ley en cuyo apartado III. «Puntos Fundamentales Informadores de la nueva Ley» se dice que «con la presente Ley viene a limitarse uno de los aspectos más importantes del orden público, adjetivándole dentro de un sistema administrativo de economía libre y configurando así un *orden público económico*», refiriéndose seguidamente a «la actividad de la Administración dirigida a conformar económicamente a la Sociedad», así como a «los actos administrativos» que emanan del «sistema de intervención económica», y el párrafo 3 de ese apartado III del preámbulo se intitula «La oportunidad de la Ley desde el punto de vista administrativo», teniendo los órganos encargados de la aplicación de esta Ley carácter administrativo, incluido el Tribunal de Defensa de la Competencia...».

¹⁵⁸ Cfr., De Castro, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», cit., págs. 1048-1050, quien no parece muy contento con el nuevo término pues tras comentarlo aconseja finalmente, siguiendo a cierta doctrina francesa (MALAURIE, *Les contrats conclus a l'ordre public*, Reims, 1953, pág. 57) e italiana (Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, pág. 224), dejar de utilizarlo para evitar errores y usar únicamente el que él denomina orden público jurídico.

¹⁵⁹ Cfr., Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1970, pág. 43.

¹⁶⁰ Cfr., Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, I, cit., págs. 394-395. Por otra parte alguna jurisprudencia *menor* se hace eco de estos principios y los integran dentro del concepto de orden público económico como la de Castellón de la Plana de 25 de septiembre de 1991 (ponente Domínguez Domínguez) en cuyo fundamento jurídico cuarto se dice: «A idéntica conclusión se llega por la aplicación de uno de los más importantes principios que presiden el denominado *orden público económico, el de la buena fe y la moralización de las relaciones económicas*. La buena fe se expresa en la confianza de una actuación correcta del otro y se concreta en la lealtad en los tratos y en la fidelidad a la palabra dada. Constituye además el ambiente dentro del cual las relaciones patrimoniales deben desenvolverse, apareciendo consagrado en el art. 7.1 del Código Civil, estando ya antes de la reforma del 74 que lo introdujo sancionado en el art. 1.258, conforme al cual y para lo que aquí interesa, las partes de una relación patrimonial están obligadas a cumplir no sólo el contenido estricto del contrato, sino también lo que en cada caso exija la buena fe».

Recientemente Zorrilla explica que este concepto nació para promover el derecho de propiedad y limitar los principios del liberalismo, pero en la actualidad estamos ante un *orden público de protección* como instrumento que ha de servir a los intereses de las personas o grupos más desfavorecidos por mandato de las normas constitucionales que aluden a un orden económico justo aplicable para moderar determinadas relaciones entre particulares, especialmente cuando existe gran desigualdad entre las partes que van a operar en el contrato¹⁶¹.

A nuestro entender, esta nueva vertiente del orden público no es excesivamente operativa de manera independiente dentro del Ordenamiento jurídico, pues de un lado puede identificarse con la ley económica imperativa o con la actuación estatal en materia de directrices económicas, derecho público económico, en definitiva, de aplicación necesaria, y de otro, los principios que contiene pueden integrarse seguramente con éxito dentro del concepto jurídico o tradicional de orden público, con su nuevo sentido¹⁶², por lo que puede postularse, sin gran peligro, el abandono de este concepto de orden público económico.

10. EN ESPECIAL EL ORDEN PÚBLICO FAMILIAR

En las siguientes líneas haremos una breve referencia de manera especial a uno de los aspectos del orden público para el Derecho civil que seguramente más ha evolucionado en los últimos años, lo que se ha denominado el orden público familiar.

El profesor Lacruz sistematiza los diferentes supuestos de contravención al orden público denominándolos orden público político, profesional, al servicio de la persona, económico y, por fin, el familiar¹⁶³.

Se refiere este último al ámbito organizativo de la familia, a los vínculos, situaciones y potestades de sus miembros. Indica al respecto que aún en los casos en los que existe libertad para crear relaciones jurídicas familiares no por ello se

¹⁶¹ Cfr., Lledó Yagüe y Zorrilla Ruiz, *Teoría del Derecho*, Bilbao, 1997, pág. 591.

¹⁶² Interpretando este concepto como una parte especializada por la materia de la noción de orden público jurídico o tradicional para el Derecho civil, pero con la nueva perspectiva constitucional apuntada que nosotros propugnamos, podría entenderse este término de *orden público económico* en la actualidad, como aquella serie de principios y directrices contenidos en la Constitución y referidos a las bases de la ordenación económica del Estado y que han de ser respetados necesariamente en las relaciones entre particulares e incluso ser tenidos en cuenta por el legislador a la hora de regular la economía en todos sus aspectos y el mismo Derecho que haya de aplicarse a su ordenación, así por ejemplo, estarían dentro del concepto los principios del derecho a la propiedad privada, a la herencia, la función social de la propiedad, la libertad de empresa, etcétera.

¹⁶³ Cita Lacruz (*Elementos*, cit., págs. 183-184), apoyado en algunas sentencias, diferentes e interesantes supuestos, así respecto del orden público político considera nulo el pacto donde el votante compromete su voto, el funcionario sus favores o pretender suplantar el ámbito de actuación y funciones de los tribunales; en el orden público profesional, el convenio de cuota *litis* para los abogados o la dicotomía médica; y sobre el orden público profesional, los pactos atentatorios contra la integridad o la libertad personal como la obligación de suicidio, e incluso, el pacto de entregar una vivienda sin las debidas condiciones de sanidad y salubridad.

pueden regular sus posteriores efectos, opinión que no compartimos como haremos constar más adelante.

Incluye, como ejemplos contrarios al orden público familiar, la condición absoluta de no contraer matrimonio, por ser atentatoria a la libertad de nupcias (la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1989 considera su ilicitud contraria a la moral); las cuestiones de estado civil y las relaciones familiares (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1978)¹⁶⁴.

Para Lacruz son resueltamente de orden público las obligaciones personales que se desprenden de los deberes conyugales de los arts. 67 y 68 del Código civil por lo que no caben en esta materia los pactos que alteren el régimen legal estipulado¹⁶⁵.

En parecido sentido se pronuncia Valpuesta quien contempla que estos deberes jurídicos matrimoniales son todos de orden público habida cuenta de que tienen como objetivo la protección del individuo¹⁶⁶.

Contrario a éstos se muestra de manera decidida el profesor Ragel quien considera que estos no son de orden público al admitir que cabe pactar sobre ellos en determinados casos y siempre que quede salvaguardada la dignidad de la persona¹⁶⁷, postura a la que nos unimos en un anterior trabajo¹⁶⁸.

Frente a una importante tendencia que niega abiertamente la existencia de la autonomía privada en el Derecho de familia¹⁶⁹ Díez-Picazo reacciona reclamando la vigencia de esta figura explicando que los límites de esta autonomía de la voluntad son los mismos en el Derecho de familia que en el resto del Derecho privado, es decir, la ley, la moral y el orden público, aunque, y ésta es su especialidad, estos límites tienen más presión en el Derecho de familia que en el Derecho patrimonial¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Cfr., Lacruz, *Elementos*, II-2, ob. cit., págs. 183 y 184. Por otra parte, Luna (*Elementos*, I-3.º, cit., págs. 158-159) comenta que cuando la jurisprudencia se ha ocupado de la noción de orden público, en términos generales, la ha contemplado haciendo referencia al necesario sometimiento de los particulares a los esquemas normativos predispuestos por el Ordenamiento en cuanto elementos de organización jurídica en la configuración de las relaciones familiares (así entre otras la de 15 de julio de 1978, citada en el texto), y con frecuencia para señalar interpretativamente el ámbito de aplicación del art. 1.814 del Código civil (así entre otras las sentencias de 17 de junio de 1944, 10 de noviembre de 1948 y 13 de octubre de 1966), entre otros supuestos.

¹⁶⁵ Cfr., Lacruz, *Elementos IV*, 1984, págs. 173-188.

¹⁶⁶ Cfr., Valpuesta, ob. cit., pág. 187.

¹⁶⁷ Cfr., Ragel, L. F., *Derecho civil, IV, Derecho de familia y sucesiones, tomo 1, Derecho de familia*, Cáceres, 1995, págs. 77-81.

¹⁶⁸ Cfr., Acedo Penco, A., «Ambito de disponibilidad de las relaciones personales entre cónyuges», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, vol. 12-13, Cáceres, 1996, págs. 365-380.

¹⁶⁹ Cfr., las conocidas obras de Cicu, Antonio, *Derecho de familia*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1947 y, también, Ferri, *La autonomía privada*, traducción de M. Sancho Mendizábal, Madrid, 1968).

¹⁷⁰ En su esbozo de una teoría general del negocio jurídico de Derecho de familia reacciona este autor como hemos dicho contra las que denomina teorías negativas que afirman que el principio de

El negocio jurídico familiar se define como el acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar y entre sus características esenciales destaca la existencia de un ingrediente ético y de orden público, que actúa de manera vigorosa limitando la autonomía privada en las relaciones familiares¹⁷¹.

Esta importancia del orden público en el Derecho de familia, además de por ser la familia una institución básica de la comunidad, la basaba el Díez-Picazo en que aquella constituía uno de los «principios esenciales de nuestra organización jurídica, reconocidos como tales en nuestras leyes constitucionales», afirmaciones que podrían conservar su vigencia aún hoy a más de treinta años de ser escritas, no corriendo igual suerte, sin embargo, el resto de su aserto donde sostiene como principios básicos de la comunidad los de «unidad e indisolubilidad del matrimonio, autoridad y jerarquía familiar, función tuitiva del padre en la familia, etcétera»

Por otra parte destacó el mismo autor como supuestos contrarios al orden público, según la jurisprudencia, la obligación de los cónyuges de vivir juntos que es de orden público y no puede ser alterada por acuerdo de los esposos; al igual que ocurre con la representación de la mujer por el marido, siendo nula la renuncia irrevocable realizada por éste, al igual que son nulos el pacto por el que uno se compromete a vivir con otro matrimonio, estando casado y el pacto de separación entre los cónyuges, etcétera.

Naturalmente hoy estos supuestos ya no conservan, con mucho, la vigencia de cuando fueron enunciados, habiendo quedado reflejada nuestra posición, abiertamente contraria a las citadas tesis, en nuestro trabajo anteriormente citado¹⁷².

Además, que el orden público, entendido como la íntima y radical conexión de los principios informadores de una institución jurídica determinada con los principios fundamentales de organización de la comunidad, tiene en el Derecho de familia una especial consideración al ser la familia una institución fundamental de la sociedad, lo que evidencia la existencia de un interés público por parte del Estado en el amparo y sostenimiento de la estructura familiar¹⁷³.

autonomía de la voluntad no tiene cabida en del Derecho de familia, afirmando que esta autonomía presenta idénticos límites en esta parte que en el resto del Derecho privado aunque con la especialidad de que aquí toman mayor amplitud el límite moral y el del orden público. Cfr., Díez-Picazo, «El Negocio jurídico de Derecho de familia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 212, 1962, págs. 776-778.

¹⁷¹ Otras características del negocio jurídico de Derecho de familia serán la existencia de subordinación y autoridad dentro de las relaciones familiares (lo que en la actualidad es más que discutible como en su momento se explicará), la conexión de las instituciones familiares con el estado civil de las personas y la existencia de un interés público evidente en amparar y promover la institución familiar, lo que justifica que la intervención de los órganos del Estado sea en esta materia mucho más vigorosa que en el resto del Derecho privado. Cfr., Díez-Picazo, «El negocio jurídico de Derecho de familia», cit., págs. 780-781.

¹⁷² Cfr., Acedo Penco, «Ámbito de disponibilidad de las relaciones personales entre cónyuges», cit., págs. 365-380.

¹⁷³ Cfr., Díez-Picazo, «El negocio jurídico de Derecho de familia», ob. cit., págs. 779-780.

Saber cuáles son estos intereses estatales en la familia, escribe acertadamente Valpuesta, implica el conocimiento del contenido del orden público familiar¹⁷⁴.

Pensamos, en cualquier caso, al igual que ocurriera con el denominado orden público económico, que lo entendíamos como una especialización por la materia del concepto general, que la nueva noción del *orden público de la familia* puede entenderse igualmente comprendida dentro del concepto clásico, pero con su nuevo sentido, afectando a las relaciones que se producen dentro de la familia, pero teniendo en cuenta la quiebra del viejo y decimonónico sentido instaurado en el Código civil, antaño regida en exclusiva por el cabeza de la misma, casi siempre varón, para dar paso a un nuevo concepto de familia más acorde con el segundo milenio, más abierta, participativa, solidaria y, en ocasiones, menos rigurosa y formalista, concepto que habrá de tener en cuenta, según nuestro criterio, todos aquellos derechos contenidos en la Constitución relativos a la dignidad de la persona, y al propio desarrollo de la personalidad, también dentro del entorno familiar, así como los principios de protección a la familia dentro y fuera del matrimonio.

11. EL ORDEN PÚBLICO EN LAS NORMAS CIVILES

11.1. CÓDIGO CIVIL

En cinco ocasiones aparece la expresión «orden público», aunque con diferente sentido, a lo largo de todo el texto del vigente Código civil español.

- a) Tempranamente, el art. 1.3 del Código patrio¹⁷⁵ la emplea para privar de efectos a la costumbre, como fuente del Derecho, cuando vaya contra el orden público¹⁷⁶. Este precepto contiene el tradicionalmente denominado requisito de la racionalidad de la costumbre¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Cfr., Valpuesta, ob. cit., pág. 181, para quien este orden público deberá considerar e integrar al menos tres factores: la sociedad de un tiempo determinado, su organización y la actuación del Estado sobre la familia.

¹⁷⁵ Según el cual: «La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada». Fueron la Ley de 17 de marzo de 1973 y el Decreto de 31 de mayo de 1974 de reforma del Título Preliminar del Código civil los instrumentos legales que dieron la redacción actual al precepto.

¹⁷⁶ Se ha señalado acertadamente que este supuesto de la costumbre contraria al orden público, es escasamente frecuente, pues si éste está en conexión con las convicciones básicas de una comunidad y ésta adopta libremente unos usos sociales como obligatorios será porque tales usos se ajustan a sus convicciones básicas. Cfr., Pellisé Prats, ob. cit., pág. 508.

¹⁷⁷ Cfr., Gordillo Cañas, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Alabart), tomo I, vol. 1.º, «arts. 1 a 7 del Código Civil», 2.ª edición, Madrid, 1992, págs. 161 y ss., donde se recoge la mejor doctrina sobre este requisito de honda raigambre histórica denominado requisito material o de contenido del uso constitutivo material de la costumbre.

Es evidente la similitud del sentido de la expresión orden público aquí utilizada con la que impone el límite legal al acto individual de autonomía privada¹⁷⁸. En esta línea la noción ha sido entendida aquí como algo más que referida a la vinculación jurídica entre dos partes, reconociendo la trascendencia normativa de comportamientos colectivos generalizados y reiterados, considerándose entonces el orden público como un conjunto de principios de orden superior que constituyen la esencia de nuestra organización política y social¹⁷⁹.

A nuestro juicio, este conjunto de principios superiores de organización política y social, puede identificarse, sin duda, con lo que se entiende por «orden constitucional» que habrá de ser necesariamente respetado por toda costumbre que aspire a ser fuente del Derecho, lo que en buena lógica, invalidará de este carácter a todo comportamiento contrario al espíritu constitucional y a los derechos fundamentales recogidos en la Norma suprema.

- b) Seguidamente el apartado 2 del art. 6 del mismo Cuerpo civil¹⁸⁰ niega validez a la renuncia de derechos si va contra el interés o el orden público¹⁸¹. Naturalmente el precepto pretende impedir la renuncia de los particulares a derechos que recogidos por normas imperativas o principios esenciales de Derecho interno. El significado de la noción se ajusta en este precepto al sentido especial propio de nuestro Código civil y se refiere a los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones¹⁸².

¹⁷⁸ De los arts. 6.2.º y 1.255 del Código civil.

¹⁷⁹ Cfr., Geny, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, trad. esp., Madrid, 1925, pág. 366: «Debe rechazarse toda costumbre contraria a las buenas costumbres o al orden público; pero a condición de que por estas últimas palabras se entiendan no todas las reglas de nuestras leyes, intangibles a la voluntad privada, salvo la reserva anteriormente hecha, sino sólo los principios de orden superior que constituyen nuestra organización política y social en lo que tienen de esencial». Ruiz Vadillo, «La costumbre en el Código civil después de la reforma», en *Pretor*, 1974, pág. 22, entiende por orden público aquel conjunto de principios de carácter fundamentalmente político que gobiernan una nación. Sancho Rebullida (*Tratamiento actual de las fuentes del Derecho civil navarro*, Pamplona, 1984, pág. 23) explica que son contrarias al orden público aquellas costumbres que se opongan a los principios fundamentales del sistema político imperante.

¹⁸⁰ Dicho apartado indica que: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros». Este artículo, proviene en parte del antiguo y original art. 4.º, siendo la redacción actual de la citada reforma de 1974.

¹⁸¹ Ha de apuntarse que el precepto, como se ve, se refiere a dos fenómenos jurídicos bien distintos, por una parte a la exclusión voluntaria de la ley aplicable a un supuesto concreto, y por otra, a la renuncia a los derechos reconocidos en la propia ley, siendo la única explicación de que ambas figuras aparezcan en el mismo lugar que las dos van referidas a algún tipo de renuncia, en un caso a la ley y en otro a los derechos, y que ambas tienen como límites el interés o el orden público y el perjuicio de terceros (cfr., Amorós, *Comentarios a las reformas del Código civil*, I, Madrid, 1977, pág. 294).

¹⁸² En este sentido, cfr., De Castro en «Notas sobre las limitaciones de la autonomía privada», cit., pág. 1034. Cfr., también Albacar López y Martín Granizo, *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1991, 2.ª edic., págs. 91-94.

El orden público, con el sentido que hemos sostenido, aquí interviene para evitar los efectos de determinadas renunciaciones de los particulares a las leyes imperativas. Sin embargo, también es posible prolongar su eficacia, pese a su nulidad inicial, cuando intervengan razones precisamente de orden público basadas en la buena fe, la confianza, o el mantenimiento de los derechos adquiridos, ya que puede no ser útil para los sujetos que intervienen, o para el más débil, anular el contrato y privarse de toda su eficacia¹⁸³.

- c) En materia de Derecho internacional privado utiliza también el art. 12.3 del Código¹⁸⁴ la expresión orden público, ahora para impedir dentro del territorio español la aplicación de las leyes extranjeras contrarias al mismo. Aquí la noción adquiere por tanto su sentido propio de Derecho internacional privado¹⁸⁵, siendo en tal caso, la expresión de los límites a la aplicación de las normas conflictuales representados por la exclusión de la competencia de las normas extranjeras¹⁸⁶.

La excepción de orden público para el Derecho internacional privado ha sido configurada por la jurisprudencia española tomando, sin duda, ciertos caracteres propios de la noción clásica estudiada por el Derecho civil, aunque aplicándola en aquel campo específico, entendiendo la noción como integradora de un orden social concreto, reflejando los principios básicos de la ley del foro, e incluso llegando a aplicarse de manera retroactiva a los supuestos imprescindibles para defender de los principios fundamentales del Ordenamiento jurídico del foro vigentes en cada momento¹⁸⁷.

- d) La libertad del propietario de una finca de establecer cualesquiera servidumbres, o llamada también libertad de fincas, viene limitada en el art. 594 de la Ley civil¹⁸⁸ si aquellas contravienen las leyes o el orden público¹⁸⁹.

¹⁸³ Cfr., Doral, «Orden público», cit., pág. 381. Téngase en cuenta también lo indicado anteriormente en relación con *Drittwirkung* y el límite mínimo de renuncia a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

¹⁸⁴ Cuyo tenor literal es el que sigue: «En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público». Esta redacción viene de la Ley de 17 de marzo de 1973.

¹⁸⁵ Por otra parte, el art. 22 del Código civil ha sido recientemente modificado por la Ley 18/1990, en su anterior redacción llevada a cabo por la Ley 51/1982, de 13 de julio permitía al Ministro de Justicia la denegación de la solicitud de nacionalidad por motivos de orden público o interés nacional. En este caso el concepto utilizado por el legislador estaba más próximo al del Derecho administrativo referido a la tranquilidad y sosiego públicos, significado antiguo usado vulgarmente, como se ha dicho, en el sentido recogido por los diccionarios usuales de la lengua.

¹⁸⁶ Cfr., Albarcá López y Martín Granizo, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, cit., pág. 93, quienes destacan, también, la dificultad de terminar la temática de la cuestión del orden público.

¹⁸⁷ Muy interesantes son las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 5 de abril de 1976, de 6 de abril de 1979 y de 28 de enero de 1981, donde se observan los aspectos señalados y también una interesante y copernicana evolución de la excepción de orden público en materia de divorcio, en función de la vigencia del antiguo, hoy obsoleto, principio de la indisolubilidad matrimonial.

¹⁸⁸ Que dice así: «Todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a

Este precepto es, curiosamente, el único que contiene el Código civil en donde se limita la autonomía de la voluntad a través del orden público pero referido en exclusiva a una institución concreta: las servidumbres prediales, el resto de las referencias del texto a nuestra noción, son genéricas para toda actuación jurídica de los particulares.

Por ello, podría decirse que el art. 594 contiene una especificación del concepto de orden público, como límite a la autonomía de la voluntad, pero en referencia exclusiva al instituto referido, por lo que su sentido habrá de ser también el general, clásico o propio del Derecho civil. En tal caso, desde nuestro punto de vista, podría integrarse en aquella noción que habría de contener los principios y derechos fundamentales básicos, recogidos en la Constitución y referidos, en este caso, a las servidumbres prediales.

Precisamente es este el sentido que le ha dado Luna Serrano recientemente, al afirmar la oportunidad de integrar el concepto y el contenido del orden público con las exigencias derivadas de los postulados básicos constitucionales, reclamando para su aplicación como límites a la constitución de las servidumbres prediales las ideas del sometimiento de toda la riqueza nacional al interés general y de la planificación económica, así como idea de la función social de la propiedad, según indican los arts. 128.1, 131.1 y 33.1 de la Constitución, principios que pueden acarrear gran trascendencia en materia de estas servidumbres al poderse entender no suficientemente justificadas aquellas que no cumpliesen tal función social o menoscabasen los intereses superiores que se contienen en la utilidad social¹⁹⁰.

- e) Por fin, el art. 1.255 del Código, prohíbe a los contratantes pactar válidamente cualquier aspecto que viole, entre otros supuestos, el orden público¹⁹¹. Al igual que en el art. 6.2 y también con la misma operatividad que

las leyes ni al orden público». Este precepto conserva la redacción original del Código civil dada por el Real Decreto de 24 de julio de 1889.

¹⁸⁹ Este artículo se ocupa del establecimiento de las servidumbres en la forma y modo que bien le pareciera al propietario de una finca, pudiendo constituirse tantas servidumbres como utilidades pueda prestar un fundo a otro, dentro de los límites a la ley y al orden público (cfr., Roca Juan, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo), tomo VII, vol. 2.º, «arts. 530 a 608 del Código Civil», 2.ª edición, Madrid, 1990, págs. 249-268.

¹⁹⁰ Cfr., Luna Serrano, «El límite del orden público en la constitución de las servidumbres prediales», cit., pág. 300, quien este reciente estudio específico sobre el artículo que comentamos aporta muy interesantes ideas, como las expuestas en el texto, sobre el concepto de orden público configurado en conexión con los principios y derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

¹⁹¹ Tal es el tenor de este artículo: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público». Al igual que en la caso anterior el precepto se conserva intacto desde la originaria publicación del Código civil, apareciendo en el Anteproyecto de 1882-1888 con el n.º 1.268 con idéntica redacción, artículo sobre el que la doctrina tradicional afirma que no tiene precedente alguno. No obstante Scaevola (*Código civil*, t. XX, revisado por Marín Pérez, Madrid, 1958, pág. 559) indica que el único precedente del artículo es la Partida 5.ª, Título Xi, Ley 28 «Todo pleyto, que es fecho contra nuestra ley, e contra las buenas costumbres, no debe ser guardado, maguer pena o juramento fuese hecho en él». En cualquier caso, sobre lo que no hay duda, como ya se dijo, es acerca de la inclusión

en el art. 594, aquí utiliza el Código civil su sentido propio del Derecho privado y no vulgar¹⁹².

El art. 1.255 del Código civil, como es bien sabido, puede considerarse como uno de los pilares del sistema de contratación en nuestro Derecho privado, instaurado desde una concepción liberal de la economía imperante en los tiempos de su redacción, pero plenamente válida en la actualidad, gracias a las cláusulas generales que contiene, consagra el principio de autonomía privada y establece, al no ser ésta una regla de carácter absoluto, en su consecuencia, cuáles son los límites que la dibujan en cada momento, quedando determinados por este precepto en la ley, la moral y el orden público.

11.2. LEY DE ARBITRAJE DE 1988

Es sabido que la autonomía de la voluntad es una manifestación del poder de autodeterminación que ostentan los particulares para regular sus relaciones privadas disponibles. Pues bien, el convenio arbitral no es otra cosa que una de esas manifestaciones de la autonomía privada encaminada por las partes a suministrarse unas reglas que regulen sus actos para el caso de que entre ellas surja alguna contienda como consecuencia de sus futuras relaciones. Y no siendo, en ningún caso, ilimitada la autonomía privada, aparece aquí el orden público como uno de esos límites que habrán de tenerse presente.

Ya en la Exposición de Motivos de la nueva Ley de Arbitraje¹⁹³ se explica que se ha introducido en la misma la posibilidad por parte de los tribunales de justicia de declarar nulo el acuerdo arbitral cuando sea contrario al orden público mediante el oportuno recurso de anulación del laudo.

Aun,ue, como en otras tantas ocasiones, nada se dice por el legislador sobre el significado o contenido de nuestra enigmática expresión, sí que, quizá por primera vez, se nos proporciona una pista, más o menos segura, acerca del sentido o alcance interpretativo que deba darse a la noción, proporcionando instrucciones al efecto, ya que en la misma Exposición de Motivos después de la cita de la expresión «orden público» se indica inmediatamente, que este concepto deberá de ser interpretado nuevamente teniendo en cuenta los principios contenidos en nuestra Constitución¹⁹⁴.

de la noción de orden público en el precepto que toma su referencia en el art. 6.º del *Code de Napoleón*, como sostiene toda la doctrina (cfr., por todos, al profesor De Castro, en «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», cit., pág. 1017.

¹⁹² Un detenido estudio actualizado de este art. 1.255 puede verse en Reverte Navarro, Antonio, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XVII, vol. 1.º-A, «arts. 1.254 a 1.260», Madrid, 1993, págs. 100 a 295.

¹⁹³ Ley 36/1988, de 5 de diciembre de 1988 («B.O.E.» n.º 293 de 7 de diciembre de 1988), de Arbitraje, que deroga la vigente hasta entonces Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de derecho privado.

¹⁹⁴ «Junto a ello se ha introducido la posibilidad de anular el laudo cuando éste fuere contrario al orden público, concepto que habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución».

Es en concreto el art. 45 de la Ley el que determina que el laudo podrá anularse, entre otros supuestos, cuando sea contrario al orden público¹⁹⁵ por lo que se hace necesario concretar cual es el sentido que ha de extraerse de la noción.

Este ha de ser el denominado por la doctrina sentido propio o nuevo del Código civil¹⁹⁶ ya comentado, pues la referencia genérica de este concepto de orden público está, según parece, en el art. 1.255 de nuestro Código civil¹⁹⁷, actuando por tanto, como límite a la autonomía de la voluntad de los contratantes particulares y funcionando, por ello, como una cláusula de cierre del Ordenamiento jurídico, en definitiva, un criterio interpretativo en manos de los tribunales para decidir finalmente caso por caso¹⁹⁸.

Lo anterior nos lleva a considerar que el orden público actúa aquí como un límite que el convenio arbitral no puede traspasar y los supuestos afectados por aquél quedan excluidos del arbitraje por razón de la materia¹⁹⁹.

A falta de un precepto en la Ley²⁰⁰ que contenga una lista tasada de materias que no pueden ser objeto de compromiso²⁰¹ o que sean contrarias al orden público se han propuesto como cuestiones afectadas, entre otras, las normas constitucionales, específicamente los derechos y libertades fundamentales, así como aquellas que afectan al estatuto de la persona física²⁰².

expresa literalmente la Exposición de Motivos de esta Ley 36/1988, de 5 de diciembre de 1988 de Arbitraje, a la hora de referirse al Título VII de la misma.

¹⁹⁵ Artículo 45.5 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de Arbitraje: «El laudo sólo podrá anularse en los siguientes casos: ... 5. Cuando el laudo fuese contrario al orden público». También se recoge la expresión «orden público» en el art. 59 que trata de la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros al indicar que «La Sala declarará no haber lugar a la ejecución sólo si el laudo es contrario al orden público...», pero este supuesto, como se ve, va referido al concepto de orden público en el campo del Derecho privado internacional.

¹⁹⁶ Cfr., De Castro, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», cit., pág. 1025.

¹⁹⁷ Cfr., Chillón Medina y Merino Merchán, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2.ª edición, Cívitas, Madrid, 1991, pág. 187.

¹⁹⁸ Cfr., Izu Belloso, en «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», cit., pág. 234.

¹⁹⁹ Estas exclusiones por razón de la materia es lo que se ha denominado indisponibilidad en las partes comprometidas para ser objeto de compromiso por Ferreiro en *Arbitrajes de Derecho privado*, Bilbao, 1954, pág. 57.

²⁰⁰ El art. 2 de la Ley 36/1988 sin más orientación al respecto se limita a excluir del arbitraje a la cosa juzgada, las materias «inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición», aquellas donde deba intervenir el Ministerio Fiscal y los arbitrajes laborales. Previamente, el art. 1 de la Ley, en la misma línea de parquedad, determina que mediante el arbitraje las personas pueden someter sus controversias a la decisión de uno o varios árbitros «en materias de su libre disposición» previo convenio al respecto.

²⁰¹ Tal ocurre en el sistema francés donde el art. 2.060 del *Code Civil* establece una lista de aquellas materias que no pueden ser objeto de compromiso.

²⁰² Chillón Medina y Merino Merchán, ob. cit., págs. 188-189, comentan que esta ausencia de lista cerrada en nuestra Ley de Arbitraje, aunque en principio enturbia el ámbito exclusivo del arbitraje, implica, de otro lado, contar con la ventaja que brinda la variabilidad del concepto de orden público

En nuestra opinión, tras la Ley de Arbitraje y cumpliéndose lo pretendido en su Exposición de Motivos de interpretar la noción de orden público conforme a la luz de los principios derivados de la Constitución de 1978, se abre una apasionante etapa que puede dinamizar, en base a la realidad social imperante, la aplicación del nuevo Derecho civil del siglo que se aproxima.

11.3. OTRAS NORMAS DE INTERÉS PARA EL DERECHO CIVIL

Existe, además, una serie de disposiciones normativas de distinto rango que contienen diversas materias de gran interés para el Derecho civil, aunque algunas de ellas únicamente contemplen sólo de manera parcial aspectos civiles y otras tengan aplicación estrictamente en una parte del territorio español, pero son todas normas legales vigentes en las que aparece contemplada, con sus más diversos sentidos (propio del Derecho civil, administrativo, procesal, etc.), la noción de orden público²⁰³.

12. EL ORDEN PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA

En los párrafos que siguen vamos a comentar el criterio que vienen utilizando los tribunales más importantes de nuestro país a la hora de tratar la noción de orden público, esto es, el Tribunal Constitucional y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, junto con algunas Audiencias Provinciales, así como la Dirección General de los Registros y del Notariado, máximo órgano directivo registral, trayendo aquí las decisiones más significativas del último decenio en esta materia, aunque

en cada momento histórico y social, sin cerrarse a los cambios lógicos que toda institución padece con el transcurso del tiempo. En cualquier caso, aprecian que este carácter variable de la esfera de compone el orden público no ocurre sólo en las diversas épocas de una comunidad sino también en el contexto más amplio del Derecho comparado.

²⁰³ Preámbulo y art. 45 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 sobre Justicia Municipal, Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, arts. 84, 223 y 366 del Reglamento del Registro Civil (Decreto de 14 de noviembre de 1958), Leyes 3, 7 y 9 de la Compilación de Derecho Civil foral de Navarra (ley 1/1973 de 1 de marzo), art. 87 de la Ley de Minas (Ley 22/1973 de 21 de julio), art. 110 del Reglamento General de Minas (Real Decreto 2857/1978 de 25 de agosto), art. 17 del Estatuto Autonomía del País Vasco (Ley Orgánica 3/1979 de 18 de diciembre), art. 13 del Estatuto Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 4/1979 de 18 de diciembre), art. 278 de la Ley reguladora del Poder Judicial (Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio), arts. 5 y 57 de la Ley de Patentes (Ley 11/1986 de 20 de marzo), art. 74 de la Ley de Costas (Ley 22/1988 de 28 de julio), art. 66 de la Ley de Marcas (Ley 32/1988 de 10 de noviembre), Exposición de Motivos de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989 de 17 de julio), art. 148 del Reglamento de Costas (Real Decreto 1471/1989 de 1 de diciembre), arts. 34 y 116 de la Ley de Sociedades Anónimas (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre), art. 4 de la Ley autonómica 3/1992 de 1 de julio de Derecho civil foral del País Vasco, Exposición de Motivos de las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, todas de 10 de noviembre, sobre Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica, respectivamente, y art. 16 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley 2/1995 de 23 de marzo), básicamente.

sólo puntualmente haremos cita de otras más añejas que, por su especial importancia a estos efectos, no pueden dejar de reseñarse a estas líneas.

12.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Hay que precisar de entrada que no han sido muchos los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional en materia de orden público referidos concretamente al ámbito del Derecho privado.

Los más numerosos han ido encaminados, teniendo como cuestión de fondo procedimientos judiciales civiles, a reiterar el carácter de orden público que revisten los preceptos que regulan los actos procesales²⁰⁴, lo que el mismo Tribunal ha denominado en algunas ocasiones, *orden público procesal*²⁰⁵.

Sin embargo, ha de destacarse por su importancia, la citada sentencia de 13 de febrero de 1985, que determina que es un componente esencial del orden público el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución, determinando que son nulas las estipulaciones contractuales de las partes que vulneren el respeto a los mismos²⁰⁶.

Desde nuestro punto de vista y tras la promulgación de la Constitución, esta capital sentencia marca una nueva y sugerente etapa a partir de la cual el concepto de orden público adquiere una inédita y fructífera dimensión quedando vinculado en lo sucesivo a los más trascendentes principios constitucionales.

Esta misma doctrina es transcrita posteriormente, en otras dos sentencias que han recogido una definición de orden público que aunque vaya referida a sendos supuestos de Derecho internacional privado, sin duda su contenido está muy próximo al que aquí pretendemos, argumentos expresados por el Tribunal Constitucional con ocasión de fijar un concepto de *orden público del foro* tras la Constitución de 1978, para quien éste contendría los derechos fundamentales y liber-

²⁰⁴ Así las sentencias del Tribunal Constitucional de 12 de febrero de 1986, 3 de julio de 1986, 10 de julio de 1986, 9 de marzo de 1988, 21 de febrero de 1989, 26 de noviembre de 1990, 22 de marzo de 1993, 4 de octubre de 1993, 27 de enero de 1994, 4 de julio de 1994 y 7 de febrero de 1995, además de las tres que se citan en la nota siguiente.

²⁰⁵ Si bien es un término acuñado previamente por el Tribunal Supremo hace algunos años, el Constitucional lo emplea en la sentencia de su Sala 1.ª de 4 de octubre de 1993 (ponente Gimeno Sendra) posteriormente, en la sentencia de la Sala 2.ª de 4 de julio de 1994 (ponente González Campos) y la de la Sala 1.ª de 19 de septiembre de 1994 (ponente Rodríguez-Piñero).

²⁰⁶ STC 19/1985 («B.O.E.» n.º 55 de 5 de marzo de 1985), de la Sala Segunda, dictada en el recurso de amparo n.º 98/1984, de la que fue ponente Jerónimo Arozamena Sierra, dictada en el marco de un litigio en materia laboral declarando expresamente el Tribunal en su Fundamento Jurídico Primero que «es evidente que *el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público*, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto» (el subrayado es nuestro), añadiendo seguidamente que lo anterior no puede significar en ningún caso que la invocación de tales derechos fundamentales y libertades públicas pueda ser utilizada por una de las partes del contrato para imponer a la otra aquellas modificaciones de la relación contractual que estime oportunas.

tades públicas garantizados constitucionalmente, destacándose igualmente la nueva dimensión que ha de atribuirse al concepto de orden público a partir de la promulgación de dicha Norma Fundamental.

Estas sentencias fueron la de 15 de abril de 1986²⁰⁷ sobre reclamación económica y la de 23 de febrero de 1989²⁰⁸ en materia de divorcio, en ambos casos por supuesta violación de derechos fundamentales de nuestra Carta Magna, confirmando en ambas la denegación de exequátur decidida por el Tribunal Supremo.

Alguna otra ha declarado el carácter de orden público que goza la declaración de filiación en los supuestos de investigación biológica de la paternidad, como la más reciente de 17 de enero de 1994²⁰⁹.

12.2. TRIBUNAL SUPREMO

Al contrario de como ocurriera con el Tribunal Constitucional, la Sala de lo Civil del Supremo sí que ha venido (y viene) tratando con bastante frecuencia la cuestión del orden público. Sin embargo, y al igual que sucediera en el Constitucional, la inmensa mayoría de las veces ha sido para pronunciarse sobre el carácter imperativo e indisponible, y por tanto de orden público, que gozan las normas reguladoras de los procedimientos judiciales²¹⁰, entrando en otras muchas

²⁰⁷ El Fundamento Jurídico Cuarto (Ponente Truyol Serra) de dicha sentencia expresa que: «...Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución» (el subrayado es nuestro).

²⁰⁸ En su Fundamento Jurídico Segundo (Ponente Latorre Segura) cita a su vez las Sentencias 43/1986 y 94/1984 que reproducen el argumento transcrito en la nota anterior.

²⁰⁹ Sentencia de la Sala Primera (ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer) que en su fundamento jurídico 2.º indica: «Así lo ha declarado este Tribunal en los AATC 103/1990, fundamento jurídico 4.º, y 221/1990 fundamento jurídico 3.º, en donde hemos resaltado que en esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas; y que no hay duda de que, en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de *orden público* que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39.2 C.E., lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial. Sin que los derechos constitucionales a la intimidad, y a la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares».

²¹⁰ Se declara, en general, el carácter de orden público que preside la regulación de las normas procesales en las sentencias de este tribunal de 24/7/1986, 23/5/1988, 23/12/1988, 3/3/1989, 15/4/1989, 15/3/1991, 10/5/1991, 9/11/1990, 10/10/1991, 20/10/1991, 25/10/1991, 28/10/1991, 26/11/1991, 21/2/1992, 29/2/1992, 14/3/1992, 13/5/1992, 18/6/1992, 2/7/1992, 13/7/1992, 13/10/1992, 3/10/1992, 8/3/1993, 22/3/1993, 2/10/1993, 3/1/1994, 4/2/1994, 14/2/1994, 17/3/1994, 23/3/1994, 6/5/1994, 2/6/1994, 23/6/1994, 23/7/1994, 10/6/1994, 17/10/1994, 19/10/1994, 26/10/1994, 10/11/1994, 14/11/1994, 24/2/1995, 27/2/1995, 16/3/1995, 8/4/1995.

en una pormenorizada casuística para determinar este mismo carácter en ciertas instituciones procesales²¹¹, habiéndose acuñado también por la jurisprudencia de este Tribunal el término *orden público procesal*²¹².

Pero fuera del aspecto procesal de la noción de orden público, el más tratado sin duda por esta Sala Primera del Tribunal Supremo, vamos a referirnos en este apartado, siempre desde la óptica del sentido civil del concepto, a los pronunciamientos más significativos de esta Sala en el último decenio.

Es preciso advertir, que cuando este órgano se ha ocupado del tema, ha sido, casi siempre, más para establecer simplemente que una determinada materia es

²¹¹ Sobre este carácter de orden público de las normas procesales en procedimientos civiles pueden citarse, por ser la inmensa mayoría de las dictadas en los últimos años en esta materia, las siguientes sentencias, todas de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, donde se ha pronunciado sobre el carácter de orden público de las cuestiones concretas como el litisconsorcio necesario: sentencias de 13/4/1966, 22/12/1978, 23/1/1986, 24/5/1986, 23/9/1986, 18/5/1987, 25/2/1988, 22/10/1988, 25/11/1988, 27/3/1989, 8/5/1989, 26/6/1989, 18/7/1989, 24/7/1989, 1/2/1990, 15/2/1990, 9/5/1990, 13/7/1990, 16/10/1990, 1/2/1991, 7/2/1991, 22/7/1991, 5/11/1991, 15/11/1991, 2/3/1992, 16/7/1992, 30/1/1993, 26/2/1993, 15/7/1993, 8/4/1994, 12/11/1994; las normas y reglas sobre competencia: sentencias de 1/7/1986, 9/10/1987, 29/10/1987, 8/5/1989, 7/7/1989, 18/7/1989, 14/10/1989, 18/10/1989, 25/10/1989, 21/2/1991, 14/5/1991, 27/1/1992, 4/2/1992, 27/2/1992, 20/3/1992, 10/4/1992, 3/7/1992, 6/10/1992, 24/11/1992, 8/3/1993, 25/5/1993, 29/10/1993, 13/12/1993, 30/12/1993, 8/4/1994, 10/5/1994, 15/6/1994, tres sentencias de 3/10/1994, 25/10/1994; la representación de los procuradores: 10/11/1992; las cuestiones sobre Justicia gratuita: 23/5/1988, 28/10/1993; la cosa juzgada: 21/6/1988, 3/3/1990, 7/10/1991, 25/10/1991, 2/3/1992, 2/7/1992, 20/5/1994; incongruencia: 3/3/1989, 29/11/1989, 10/12/1990, 25/4/1994; las costas procesales: 3/4/1987, 26/6/1989, 7/5/1990, 28/10/1991, 23/1/1992; los procedimientos especiales: 7/7/1989 (LAU), 14/2/1986 (Propiedad Horizontal); los trámites del art. 11 Ley Suspensión de Pagos, sentencia de 24/6/1991 y las de la quiebra 13/7/1992; las normas sobre cuestiones de jurisdicción: 1/7/1986, 9/10/1987, 7/12/1988, 18/7/1989, 24/7/1989, 16/10/1990, 7/2/1991, 14/5/1991, 4/4/1992, 10/4/1992, 21/10/1992, 24/11/1992, 16/12/1992, 25/5/1993, dos de 3/10/1994, 19/11/1994, 7/4/1995; sobre el recibimiento a prueba: 17/6/1988, 29/11/1989, 2/1/1990; la nulidad de actuaciones por sentencia: 22/7/1991, 7/4/1992, 8/4/1994, 23/6/1994, 19/7/1994, 14/11/1994; la legitimación: 1/2/1990, 29/10/1990, 30/3/1993, 20/10/1993, 21/10/1993, 15/11/1993, 4/12/1993, 23/6/1994; el que las resoluciones judiciales son susceptibles de recurso: 6/2/1990, 29/2/1992; la identidad de magistrados en vista y sentencia: 30/4/1993; los defectos en el recurso de casación: 10/10/1991; el límite cuantitativo para el acceso al recurso de casación: 24/6/1986, 6/2/1990, 10/5/1991, 4/2/1992, 14/3/1992, 20/3/1992, 24/4/1992, 11/5/1992, 14/7/1992, 15/7/1992, 31/7/1992, 6/10/1992, 26/2/1993, 8/3/1993, 26/3/1993, 2/4/1993, 1/6/1993, 2/11/1993, 2/12/1993, 23/4/1994, 27/4/1994, 21/7/1994, 23/7/1994, 29/7/1994, 6/10/1994, 14/10/1994, 17/10/1994, 13/12/1994, 27/2/1995, 23/3/1995, 8/4/1995, 25/4/1995; el juez debe dar a los autos el trámite oportuno: 17/12/1990, 1/6/1993; las excepciones procesales: 30/11/1991, 24/2/1992, 10/4/1992, 9/6/1992, 2/7/1992; la notificación de los actos: 13/11/1993; y por último, la imposibilidad de acceso a la casación de la sentencia de remate: 13/10/1992.

²¹² Se cita expresamente este término de «orden público procesal» en las sentencias del Tribunal Supremo, también de su Sala 1.ª, por tanto en procesos civiles, de 6/4/1988, 7/7/1989, 29/11/1989, 12/3/1990, 25/6/1990, 10/12/1990, 30/1/1991, 21/2/1991, 16/4/1991, 24/5/1991, 22/7/1991, 3/10/1991, 10/10/1991, 4/2/1992, 7/4/1992, 24/4/1992, 11/5/1992, 18/6/1992, 2/7/1992, 17/7/1992, 6/10/1992, 17/10/1992, 10/11/1992, 10/2/1993, 26/3/1993, 29/5/1993, 1/6/1993, 20/10/1993, 21/10/1993, 29/10/1993, 13/11/1993, 15/11/1993, 13/12/1993, 20/12/1993, 31/12/1993, 18/2/1994, 8/4/1994, 9/6/1994, 10/6/1994, 30/6/1994, 4/7/1994, 19/7/1994, 22/7/1994, 29/7/1994, 13/10/1994, 14/10/1994, 20/10/1994, 9/3/1995, 13/3/1995 y 23/3/1995.

o no de orden público que para precisar qué ha de entenderse por tal o cuáles son los caracteres o el contenido de la noción que comentamos, por lo que veremos primero aquéllas, para fijarnos posteriormente en las que abordan más decididamente la cuestión.

12.2.1. Sentencias que simplemente niegan el carácter de orden público de ciertas instituciones civiles

La sentencia de 14 de mayo de 1986 (ponente Martín-Granizo Fernández) expresa que la renuncia que lleva implícita la cláusula «sin gastos» en la letra de cambio no es contraria al orden público²¹³.

El derecho al uso y goce de una dignidad nobiliaria, a pesar de afectar al derecho de la personalidad, no puede considerarse de orden público, matiza la sentencia de 7 de diciembre de 1988 (ponente Barcala y Trillo-Figueroa)²¹⁴.

Las normas sobre interpretación de los contratos contenidas en los arts. 1.281 a 1.286 del Código civil no son de orden público por lo que no se consiente su aplicación de oficio, indica la sentencia de 21 de octubre de 1992 (ponente Gullón Ballesteros).

En materia de arras en la compraventa la sentencia de 3 de octubre de 1992 (ponente González Poveda) expresa que éstas no tienen el carácter de orden público ni por tanto de derecho necesario²¹⁵. Tampoco lo es el contrato de mediación o corretaje que contenga un pacto de exclusividad durante tiempo determinado, estableciendo determinadas obligaciones de futuro, como afirma la sentencia de 24 de junio de 1992 (ponente Fernández-Cid de Temes).

La valoración de las aportaciones de los socios en la sociedad irregular no es una cuestión de orden público, y por lo tanto el juez no puede entrar a valorarlas,

²¹³ Ello se basa —dice la sentencia— en la libertad de contratación y la validez de las cláusulas que no sean contrarias a la Ley, la moral y el orden público que se desprende de los arts. 1.254 y 1.255 del Código civil, pues la renuncia a la obligación de protesto que lleva implícita la adopción de esta cláusula «sin gastos» por el firmante de una letra de cambio no lleva implícita un ataque a la moral, al orden público, ni a la ley.

²¹⁴ Indica la sentencia: «4.ª) Que aún cuando el derecho al uso y goce de una dignidad nobiliaria, por su íntima afección a la persona y a la trascendencia social de la misma, entre en el ámbito del derecho de la personalidad, resulta obvio que no puede asemejarse a los que tradicionalmente se llaman «bienes esenciales» de la persona y, por consiguiente y de acuerdo con el art. 6.2 del Código Civil, es admisible en derecho la renuncia a un título nobiliario. 5.ª) Que por mucha trascendencia social que tenga cuanto concierne a los títulos nobiliarios, ello no permite entenderla cual una cuestión de interés u *orden público* que permita a los Juzgados y tribunales hacer dejación del principio de la jurisdicción rogada y entrar a conocer de oficio en cuantos aspectos la configuran».

²¹⁵ Cuando median arras hay que buscar la intención de las partes, para lo que el citado artículo es norma supletoria. Cuando no conste la voluntad de que sea penitencial el pacto, cualquier abono deberá conceptuarse parte del precio. «El art. 1.454 no es una norma de derecho necesario, y que, en consecuencia, un pacto de distinto alcance que el determinado en este precepto es perfectamente normal, lícito, conforme al *orden público* y a la costumbre frecuentemente observada».

según sostiene la de 30 de junio de 1993 (ponente Gullón Ballesteros)²¹⁶, como tampoco el determinar la Sala si se cumplió o no la traditio en una compraventa de pisos, aun siendo de protección oficial, pues no es materia de orden público que autorice su examen de oficio, señala la sentencia de 30 de diciembre de 1993 (ponente Gullón Ballesteros).

Recuerda la sentencia de 6 de julio de 1993 (ponente Gullón Ballesteros) que las normas sobre interpretación de los contratos no son imperativas ni de orden público por lo que la Sala no puede de oficio colocarse en lugar del recurrente. Se trataba de un supuesto de interpretación de los contratos en general, ejerciéndose la acción de disolución del condominio surgido por la liquidación de sociedad de gananciales.

No hay motivos para considerar de orden público la indivisibilidad del arrendamiento rústico, a los efectos sucesorios del arrendatario, pudiendo ser derogada libremente esta característica por la voluntad del arrendador, declara la reciente sentencia de 25 de mayo de 1994 (ponente Gullón Ballesteros)²¹⁷.

Únicamente cuando los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas, sin que ellas formulen declaración expresa sobre su nulidad o validez, sean gravemente contrarios al respeto debido al orden público, la moral o la ley, podrán declararse nulos, señala la importante sentencia de 7 de octubre de 1987²¹⁸ (ponente Serena Velloso) que contiene la interesante doctrina de este Tribunal sobre la eficacia de los actos contrarios a la ley.

²¹⁶ Afirma la sentencia: «Es evidente que no es misión del juzgador entrar en valorar la importancia de las aportaciones de los socios obrando por propia iniciativa al no tratarse de una cuestión de *orden público* ni de moral imperativa en el ámbito de sociedades irregulares por permanecer sus pactos secretos entre los socios, no gozando por ello de personalidad jurídica (art. 1.669 del Código civil). En estas circunstancias, no hay razón para limitar la autonomía de la voluntad de los socios que pueden valorar las aportaciones como quieran».

²¹⁷ «Ciertamente que el art. 80 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, al regular la sucesión del arrendatario fallecido tienen como presupuesto la indivisibilidad del arrendamiento, por lo que si son varios los sucesores en quienes concurren cualquiera de las cualidades que el precedente art. 79 de la LAR exige para suceder en la posición jurídica de aquél, han de elegir a uno. Pero no es menos cierto que la indivisibilidad puede ser derogada por voluntad del arrendador, la LAR no lo prohíbe, ni hay ninguna razón para estimar de orden público esta característica, por lo que es válido y eficaz el convenio entre éste y los sucesores con derecho a suceder en el arrendamiento en virtud del cual cada uno de ellos sea arrendatario de parte del objeto arrendado, originándose tantos contratos como sucesores haya».

²¹⁸ El Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia recoge esta interesantísima doctrina sobre la normativa aplicable a la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas determinando que hay que clasificar los actos contrarios a la ley en tres grupos distintos: en primer lugar, aquéllos cuya nulidad se base en precepto específico y determinante de la ley; en segundo lugar, aquellos actos contrarios a la ley en que la misma ley disponga, a pesar de ello, su validez; y por último, los actos que contraríen o falten a algún precepto legal sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, para declarar válido el acto si la levedad del caso así lo permite y sancionándolo con la nulidad si es gravemente contrario al respeto debido a la ley, a la moral o al *orden público*.

No debe olvidarse, por ser una cuestión de técnica procesal, pero de suma trascendencia a la hora de comentar pronunciamientos jurisprudenciales, que el Tribunal Supremo, al considerar una materia o institución jurídica de orden público, independientemente de la operatividad del concepto en su campo propio, está permitiendo que pueda ser revisada de oficio en la sentencia casacional pese a no haber sido alegada la cuestión en las instancias inferiores, lo cual puede hacer que este órgano, sea aún más remiso, a ampliar el catálogo de supuestos en los que procede aplicar la figura.

12.2.2. Sentencias que simplemente afirman el carácter de orden público de determinadas materias civiles

La sentencia de 8 de marzo de 1988 (ponente Sánchez Jáuregui) recuerda el acusado matiz de orden público que preside la regulación del instituto de la adopción²¹⁹. También la sentencia de 17 de junio del mismo año (de idéntico ponente), señala que semejante matiz rige en la regulación legal de la figura de la prodigalidad, debido a que representa una limitación de la capacidad de obrar de las personas²²⁰.

En materia de propiedad horizontal, la sentencia de 25 de noviembre de 1988 (ponente Albácar López) determina la nulidad absoluta de los acuerdos de la junta de propietarios cuando sean inmorales o contrarios al orden público²²¹. También sobre propiedad horizontal declara la sentencia de 26 de junio de 1993 (ponente Barcala y Trillo-Figueroa) que no caduca la acción de impugnación de los acuerdos de la junta de esta índole cuando sean contrarios al orden público.

La sentencia de 3 de diciembre de 1988 (ponente Fernández-Cid de Temes) expresa que el «status» de la persona afecta al interés social y al orden público, como ocurre en el caso de la investigación biológica de la paternidad. También

²¹⁹ La misma impone la nulidad radical o absoluta del negocio jurídico que se trate cuando se ha infringido en el mismo normas de carácter imperativo «cual sucede con las que rigen el *instituto de la adopción dado el acusado matiz de orden público que preside su regulación*» (el subrayado es nuestro).

²²⁰ Justifica en este caso el Tribunal Supremo la aplicación de oficio de determinadas normas civiles que contienen presupuestos necesarios para que el derecho actúe (legitimación para pedir la declaración de prodigalidad a quienes además de acreditar un determinado parentesco perciban alimentos del presunto pródigo, o se encuentren en situación de reclamárselos) y ello pese a lo extemporáneo de su alegación y sin que ello represente la introducción en la controversia de una cuestión nueva «y sí, por el contrario, una pertinente aplicación del principio 'iuria novit curia' en los términos que reiterada jurisprudencia de esta Sala ha venido y sigue sancionando» añadiendo además la circunstancia del «*acusado matiz de orden público que preside la regulación legal de la institución de la prodigalidad* en cuanto representa una limitación de la capacidad de obrar de las personas, como lo demuestra la reiterada mención a la intervención del Ministerio Fiscal contenida en los arts. 294 y 296 del Código civil» (el subrayado es nuestro).

²²¹ Añade que es imposible su subsanación aunque haya transcurrido el plazo de caducidad de treinta días del art. 16.4.ª.2 de la Ley 49/1960 de 21 de julio de Propiedad Horizontal, debiendo distinguirse de aquellos otros en que, adoleciendo de meras singularidades de tramitación, son susceptibles de subsanación al transcurrir el plazo de caducidad sin ser impugnados.

la sentencia de 5 de noviembre de 1987 (ponente Carretero Pérez) considera que la filiación-paternidad que afecta a padres e hijos, con el superior interés que corresponde a las materias sobre el estado civil, son cuestiones de orden público²²². También sobre esta materia existe otra sentencia de 7 de diciembre de 1988 (ponente López Vilas) que recuerda que la filiación produce un auténtico estado civil, con independencia de que sea matrimonial o extramatrimonial, trasciende del ámbito privado configurándose como de orden público con las consecuencias que ello conlleva²²³. En igual sentido, sobre filiación, se expresan las de 19 de enero de 1990 (ponente Barcala y Trillo Figueroa)²²⁴ y de 28 de noviembre de 1992 (ponente González Poveda)²²⁵.

La institución de la legítima hereditaria es catalogada de orden público por la sentencia de 8 de mayo de 1989 (ponente González Poveda) que se apoya en esta cuestión en otra de 13 de abril de 1963²²⁶. Igualmente la sentencia de 23 de octubre de 1992 (ponente Santos Briz) reitera esta misma consideración sobre la institución sucesoria de la legítima, añadiendo que también es de orden público el principio tradicional expresivo de que «antes es pagar que heredar». En materia sucesoria, la ya citada sentencia de 7 de octubre de 1987, afirma también que el ignorar la voluntad del causante de una herencia podría considerarse contrario al respeto debido al orden público.

Estima la sentencia de 17 de abril de 1990 (ponente Fernández Rodríguez) que son de orden público, y por tanto, irrenunciables, las normas de un Plan Parcial de Urbanización, pues disponer sobre las mismas puede afectar a los derechos de terceros²²⁷.

²²² Se trae a colación el argumento para reforzar la doctrina sobre la legitimación, no sólo para el proceso, sino para la titularidad de la acción de impugnación de la filiación matrimonial, que la tiene también el padre no matrimonial, al actuar en defensa de un interés legítimo y protegible, reconocido en la Constitución, se trata, en definitiva, de la denominada legitimación extraordinaria.

²²³ Dice el fundamento Primero de la sentencia que: «una y otra filiación (la matrimonial y la no matrimonial) producen un verdadero estado civil al ser los hijos, con independencia de su filiación, iguales ante la ley, debiendo recordarse además que las cuestiones jurídicas que a ellos afectan, trascienden del ámbito privado y se configuran como de *orden público*, con las consecuencias inherentes a tal consideración» (el subrayado es nuestro).

²²⁴ Fundamento de derecho Segundo: «No puede tildarse de errónea la afirmación formulada en el sexto fundamento de la sentencia impugnada acerca de que 'el *estado civil o cualidad jurídica de la persona, natural o adquirida...y está regida por el principio de orden público*' (el subrayado es nuestro).

²²⁵ El supuesto se planteó con ocasión de una acción de impugnación de filiación y en su fundamento de derecho Tercero dice: «y, sobre todo, es de resaltar que *las cuestiones relativas a la filiación, matrimonial o no matrimonial, son cuestiones de orden público* y quedan sustraídas, en principio, a la libre autonomía de la voluntad (art. 1.814 del Código civil), que sólo puede desplegar su eficacia dentro de los límites excepcionales que en cada caso marca la ley» (el subrayado es nuestro).

²²⁶ La sentencia de 1989, que transcribe en este punto a la de 1963, dice que «partiendo de la base de que *la legítima es de orden público*, de que no puede disponer el testador, por venir impuesta por la ley, ni hacer recaer gravamen ni limitación alguna, esto es, que ha de llegar al heredero legítimo con pleno dominio sobre los derechos que la integran» (el subrayado es nuestro). Aunque a ello puede añadirse que existen excepciones, como la contenida en el art. 820.

²²⁷ Ya que «carece de hecho y jurídicamente de eficacia, pues por las propias características de la especial comunidad creada los elementos patrimoniales que la integran son un accesorio inseparable

Destaca la sentencia de 19 de abril de 1990 (ponente Almagro Nosete), dictada en un proceso de incapacitación, el carácter de orden público de la materia referida a la capacidad de las personas²²⁸. También declara este mismo carácter otra sentencia de 20 de marzo de 1991 (ponente Fernández-Cid de Temes), que obliga a los órganos jurisdiccionales a examinar de oficio los requisitos y acordar igualmente las diligencias necesarias que estipula el Código civil para la declaración de incapacidad²²⁹.

La necesidad de evitar el abuso en daño ajeno o de los derechos de los demás es considerada por la Sentencia de 20 de junio de 1991 (ponente Fernández-Cid de Temes) como fundamento del orden público y de la paz social²³⁰.

Explica la sentencia de 7 de febrero de 1992 (ponente Almagro Nosete) que únicamente por razones de orden público o perjuicio a tercero puede declararse la simulación como mera consecuencia de la aplicación de la ley, siendo necesaria la petición fundada de una parte²³¹. La sentencia de 11 de febrero de 1992 (ponente Almagro Nosete) también para el caso de simulación total en la compraventa se pronuncia en idéntico sentido. Ambas, como puede apreciarse, en contra de la tesis general.

La sentencia de 30 de diciembre de 1992 (ponente Almagro Nosete) determina que la norma de la responsabilidad civil derivada del delito es de orden público y necesariamente imperativa, como todo el bloque de legalidad penal.

de la propiedad exclusiva de cada parcela adquirida, y por tanto, plenamente vinculantes a los adquirentes de ellas, y en consecuencia no renunciables, desde el momento que la renuncia afectaría no solamente al *orden público* emanante de las indicadas características del Plan Parcial de Urbanización en que tales parcelas se encuentran incluidas, sino que, singularmente, produciría perjuicio para terceros –los demás integrados de la comunidad derivada de dicha Urbanización–, que vería incrementadas sus cuotas obligacionales en los elementos afectados por la renuncia, cuando son plenamente inherentes a la cualidad de adquirentes de parcelas, lo que indudablemente lleva a la no producción de efectos de las relacionadas pretendidas renunciaciones, ya que éstas para ser válidas y producir eficacia tienen que contraerse a derechos renunciables».

²²⁸ El fundamento de derecho Tercero dice textualmente que «Debe advertirse que en materia como la debatida, afectante a la *capacidad de las personas* y, por tanto, de *orden público*» (el subrayado es nuestro).

²²⁹ Expresa el fundamento de derecho Quinto de la sentencia que al afectar la presunción de incapacidad a un derecho fundamental como es el de la personalidad y su libre desarrollo, es decir, «a la facultad de hacer cada cual lo que le place, a la situación de poder concreto atribuida a un miembro activo de la comunidad y protegido por los principios éticos latentes en la norma suprema (art. 10 y concordantes de la Constitución), es obvio que la materia objeto de debate afecta al *orden público* y su conculcación tiene que ser examinada de oficio».

²³⁰ Razón por la que se admite la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (levantar el velo) en el interior de las personas jurídicas cuando sea preciso para evitar ese abuso en daño ajeno o de los derechos de los demás.

²³¹ Efectivamente, «la atribución subjetiva de un negocio disimulado, no se puede hacer como mera consecuencia de la aplicación de la ley, salvo que razones de *orden público* o de evitación de perjuicios a terceros así lo aconsejen o exijan, sino como resultado, de una petición, fundada en su causa y probados los hechos que la determinan, sea por vía de demanda principal, de reconvencción o al menos de excepción de fondo, enervatoria del derecho que ejercita el actor, en cuanto a los efectos de la condena».

De capital importancia para el Derecho de familia es la sentencia de 22 de mayo de 1993 (ponente Fernández-Cid de Temes), que estatuye que los aspectos que se refieren a la patria potestad son de orden público y no caben pactos privados acerca de los mismos sin la correspondiente aprobación judicial²³², a lo que podemos añadir que, existiendo tal requisito judicial, caben perfectamente estos pactos, como sostenemos nosotros.

Por último, la más reciente que hemos estudiado es la sentencia de 29 de mayo de 1996 (ponente Ortega Torres) que señala, en la misma línea que las anteriores, que el pacto estableciendo que el derecho de opción podrá ejercitarse durante el período de vigencia del contrato de arrendamiento y sus prórrogas no es contrario al orden público y está sometido a la regla *pacta sunt servanda*.

Vemos, una vez más, como denominador común de todos estos pronunciamientos, la práctica de no entrar a razonar los motivos por los que las materias tratadas se adjetivan de orden público, lo que dificulta sobremedida la configuración del contenido jurisprudencial de la noción, al faltar las bases sobre las que construir con alguna seguridad una teoría sobre este fenómeno jurídico.

12.2.3. Sentencias que se pronuncian sobre el alcance del orden público

Sin embargo, existen otros pronunciamientos, no muchos, desde luego, donde el Alto Tribunal sí que ha precisado, con mayor o menor acierto, el alcance y contenido de la noción de orden público.

En este sentido el punto de arranque puede ser la añeja sentencia de 19 de diciembre de 1930, que indicaba que la autónoma voluntad de los contratantes es fuente preferente para resolver las cuestiones que afectan a las convenciones, en todo lo que no se opongan al «orden social, al amparo de las leyes prohibitivas y a la soberanía del territorio donde se pide su ejecución», por lo que el concepto de orden público se confunde con el orden constituido dentro del territorio del Estado. Vemos en esta sentencia una idea muy arcaica de orden público, pues prácticamente se identifica no ya con ley imperativa, sino con el Derecho vigente dentro del país. Sin embargo esta concepción ha sido y sigue siendo plenamente

²³² El fundamento jurídico Cuarto, *in fine*, explica que «la patria potestad es un conjunto de derechos y deberes que la ley confiere a los padres sobre sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación, en beneficio de los propios hijos, no pudiendo prescindirse de la *naturalaleza de orden público que en parte revisten las normas sobre la patria potestad*, cuyo contenido no puede ser objeto, en principio y sin la aprobación del Juez, de pactos privados dirigidos a modificar su contenido, sobre todo si son perjudiciales para dichos menores, ya que no se pueden renunciar los deberes, de manera que la patria potestad es intransferible en situaciones de normalidad e imprescriptible por serlo, en general, los derechos y deberes de familia, a los que en modo alguno puede aplicarse la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus* o las de la presuposición y base del negocio, referentes a las convenciones puramente económicas o patrimoniales, pero nunca a las relaciones paterno-filiales» (el subrayado es nuestro).

válida para resolver los problemas planteados en cuestiones de Derecho internacional privado.

Pero con efectos verdaderamente determinantes hay que citar en primer lugar, sin duda, por su importancia, la famosa sentencia de 5 de abril de 1966 que lo definió como aquel conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada²³³. Criterio ratificado posteriormente en la de 31 de diciembre de 1979.

Sentencia esencial aquélla que por su trascendencia viene a ser, en cierto modo, el punto de arranque de la práctica totalidad de la doctrina reciente que aborda el tema del orden público desde el punto de vista del Derecho privado, aunque naturalmente, haya perdido actualidad en su enunciado, habida cuenta de los cambios sociales y políticos, además de jurídicos, operados en nuestra sociedad en las últimas décadas.

Pero, mucho más recientemente, será la importantísima sentencia de 2 de noviembre de 1990 la que, en el voto particular de los magistrados González Poveda y Fernández Rodríguez, se explique con gran acierto a nuestro juicio, que los conceptos de moral y de orden público, como límites a la autonomía de la voluntad, deben ser interpretados en consonancia con el Ordenamiento jurídico, y la Constitución a la cabeza, así como con la vigencia social y cultural del momento en que se apliquen²³⁴.

Esta doctrina expuesta en el voto particular citado es recogida posteriormente en la sentencia de 19 de octubre de 1991 (ponente González Poveda) determinando expresamente que la moral y el orden público como límites a la autonomía de la voluntad de los contratantes son conceptos jurídicos indeterminados y como

²³³ Se afirma en la parte fundamental de esta sentencia: «Sin embargo, como en muchas ocasiones, la vigencia de este derecho ajeno a la eficacia de esas sentencias extrajeras, puede chocar con ciertos principios que el Derecho nacional reputa intangibles dentro del territorio de su soberanía —pues los sistemas jurídicos de los distintos países no están basados, en todas sus partes, en idénticas normas— es igualmente necesario proveer a la defensa de esos principios que se consideran intangibles, y que constituyen lo que se llama *orden público nacional*, que está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada». Cfr., Aranzadi, Repertorio n.º 1684 del año 1966.

²³⁴ El texto del voto particular dice así: «los límites de la moral y el orden público hay que tener en cuenta que son conceptos jurídicos indeterminados, que como de tal índole han de ser interpretados y aplicados de acuerdo con el Ordenamiento jurídico y vigencia sociocultural, y en primer lugar, por la Constitución española de 1978, como norma jurídica directa, prevalente, a cuyo tenor se han de interpretar todas las normas vigentes» (el subrayado es nuestro). Se trataba de un supuesto de arrendamiento de industria considerándose ilícita por romper la equivalencia de las prestaciones, la cláusula que, además, prevé un aumento en ningún caso inferior al 10% cada dos años, siendo lícita en cuanto prevé el alza del índice de precios y se entiende comprendida la baja del IPC (ponente de la sentencia Morales Morales). Dejemos aquí constancia de nuestro decidido alineamiento con el criterio sostenido en el voto particular.

tales deben de aplicarse de acuerdo con la totalidad del Ordenamiento jurídico y la vivencia socio-cultural imperante²³⁵.

Finalmente, la sentencia de 9 de julio de 1992 (ponente Santos Briz) afirma que los derechos fundamentales de la persona reconocidos en la Constitución son de orden público²³⁶.

Como ha podido verse no ha sido, todavía, masivamente adoptada por nuestro Alto Tribunal, la tesis de la conexión entre orden público y principios constitucionales, aunque algunas sentencias de las citadas pueden calificarse de trascendentales al haber comenzado un camino sin duda fructífero, a nuestro parecer.

12.3. AUDIENCIAS PROVINCIALES

Si bien, como se ha visto, el Tribunal Supremo no ha destacado especialmente por haber desarrollado de manera prolija una doctrina sobre el alcance y contenido de la noción de orden público, pues más bien ha sido parco en este tipo de pronunciamientos y, cuando los ha hecho, esquivo a entrar a fondo sobre el mismo, han sido, por otra parte, las Audiencias las que se han mostrado algo más decididas a abordar el tema.

Quizás sea la causa el que éstas conocen de asuntos en los que, por su materia, la noción de orden público es utilizada con más frecuencia por los litigantes, procesos que dan lugar a pronunciamientos jurisdiccionales que tienen vedado su acceso al Alto Tribunal, como es, sobre todo, las cuestiones relativas al arbitraje y en muchos casos todo lo relativo a procesos seguidos con ocasión de las crisis matrimoniales donde se ventilan gran parte las cuestiones fundamentales sobre el Derecho de familia.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 20 de febrero de 1991²³⁷, con motivo de un recurso de anulación contra un laudo arbitral de

²³⁵ Textualmente dice al respecto que: «no resulta infringido el repetido art. 1.255 que consagra el principio *pacta sunt servanda* al no darse en relación con los pactos recogidos en esas cláusulas una situación contraria a la Ley, a la moral ni al orden público, puesto que la contravención a la Ley sólo se produce cuando ésta sea imperativa o prohibitiva, de acuerdo con el art. 6.3 del Código civil, y los límites de la moral y el orden público han de ser aplicados de acuerdo con el total Ordenamiento jurídico y vivencia sociocultural no pudiendo afirmarse que, en el presente caso...» (el subrayado es nuestro). No es casualidad, evidentemente, que el ponente de esta sentencia sea el primer firmante del voto particular reseñado en la nota anterior.

²³⁶ Literalmente dice el fundamento de derecho Primero c) de la sentencia: «abona esta conclusión, al tratarse de debate sobre *derechos fundamentales de la persona reconocidos en la Constitución y, por tanto, de orden público*» (el subrayado es nuestro). Se trataba de una colisión entre los derechos de libertad de expresión e información con el derecho al honor. La sentencia utiliza también la misma expresión orden público en diferentes ocasiones unas veces para referirse a su significado vulgar y más próximo al Derecho administrativo, otras a su sentido específico del Derecho procesal y otra al significado propio del Código civil.

²³⁷ La sentencia de la Sección 1.ª (ponente De Pedro Mimbreno) su fundamento de derecho Quinto indica que: «El *concepto de orden público* que aquí puede hacerse valer, conforme indica la propia Exposición de Motivos de la Ley 36/1988, *debe ser el que se infiera de los principios de nuestra Constitución*

derecho expone un concepto de orden público según el cual éste debe inferirse de los principios de la Constitución de 1978 y específicamente de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la misma.

Pero una de las más completas aproximaciones a la noción de orden público quizás sea la que se encuentra en una sentencia, dictada en un supuesto también de arbitraje, éste de equidad, con ocasión de un recurso de anulación contra un laudo, por la Audiencia Provincial de Barcelona, el día 18 de marzo de 1991²³⁸, que definió el orden público como aquel conjunto de principios que integran la estructura de un orden jurídico justo según las convicciones de la colectividad en cada momento histórico, añadiendo además, que estas directivas deben ser tenidas en cuenta por el legislador al confeccionar las leyes y por los jueces en la aplicación concreta de las mismas. La propia sentencia califica a la Constitución, especialmente en sus arts. 14 y siguientes, como norma de orden público, teniendo igualmente el mismo carácter aquellos principios que afectan a la esencia y tutela jurídica de determinadas instituciones y que se extraen de un proceso de generalización del Ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia.

También, tratando un supuesto arbitral, confecciona un concepto de orden público la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 15 de junio 1993 que describe la evolución jurisprudencial del concepto partiendo de una antigua sentencia que lo identificaba con Ordenamiento jurídico estatal hasta nuestros días, desprendiéndose en la actualidad de los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en la Constitución española, exigiendo el respeto a los derechos y libertades individuales, sociales o colectivas y al normal desenvolvimiento de las instituciones²³⁹.

cuyo máximo interprete es el Tribunal Constitucional. Así podemos afirmar que, en el sentido material, un Laudo será atentatorio al orden público cuando vulnera los derechos y libertades reconocidas en el capítulo II, Título 1 de nuestra Ley fundamental; y, en el aspecto procesal (Sentencia del Tribunal Constitucional 43/1986 de 15 de abril), cuando vulnera los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas a través del artículo 24». Por otra parte, finaliza la sentencia, los errores in iudicando no son de orden público material, ni vulneran derechos fundamentales, en su vertiente procesal (sentencia de la Sección 1.^a, el subrayado es nuestro).

²³⁸ El texto íntegro del importante fundamento jurídico Séptimo de la sentencia (Sección 15.^a, ponente Ferrándiz Gabriel) es el siguiente: «El orden público, cuya contravención el artículo 45.5 convierte en causa de anulación del laudo, ha de entenderse en sentido amplio de conjunto de principios o directivas que, en cada momento histórico, integran la estructura de un orden jurídico justo según las convicciones de la colectividad, las cuales ha de seguir el legislador al redactar la norma y, en último caso, el Juez al resolver los conflictos, tanto se aparecen positivados por medio de las llamadas normas de orden público, cogentes o inderogables por los particulares, sea la Constitución norma jerárquicamente suprema –así, los artículos 14 y siguientes–, sean las leyes ordinarias, como si, afectando a la esencia de la institución de que se trate o al cur (sic) de su tutela jurídica, no lo están pero se obtienen de un proceso de generalización de las normas o de la jurisprudencia complementaria».

²³⁹ El único fundamento de derecho de la sentencia (Sección 4.^a, ponente Sancho Candela) dice: «Respecto al concepto de orden público, conviene precisar que, según la sentencia de 19 de diciembre de 1930, la autónoma voluntad de los contratantes es fuente preferente para resolver las cuestiones que afectan a la convenciones, en todo lo que no se oponga al –orden social, al amparo de las leyes

Pueden citarse en temas de arbitraje dos sentencias más de la Audiencia de Baleares la de 12 marzo 1990 y la de 14 de febrero de 1992 que vienen a decir que de la Exposición de Motivos de la propia Ley se desprende que el orden público incluye toda vulneración de los derechos y libertades fundamentales, interpretados a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁴⁰.

Finalmente, la más reciente en dar un concepto de orden público, en un supuesto de arbitraje, es la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 23 mayo de 1994²⁴¹.

Otras sentencias, la inmensa mayoría, se limitan a decir que una materia es o no de orden público, sin entrar a comentar el alcance del concepto, por lo que dentro de ellas citaremos a continuación una reseña de las más significativas.

Así, en materia de Derecho de familia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de octubre de 1991²⁴² que indica que los intereses de los menores están fundados en principios de orden público por lo que no pueden quedar sometidos a los acuerdos de las partes con motivo del convenio del art. 91 del Código civil; o finalmente, la sentencia de la Audiencia de Baleares de 11 de enero de 1993²⁴³ que explica que los caracteres del derecho de visita sólo pueden ser explicados de acuerdo con la noción de orden público familiar por lo que en la

prohibitivas y a la soberanía del territorio donde se pide su ejecución—, por lo que *el concepto de orden público se confunde con el orden constituido dentro del territorio del Estado*. Concepto este que amplía la sentencia de 5 de abril de 1956 (sic), que amplía el concepto a –los principios de derecho nacional que éste considera intangibles dentro del territorio de su soberanía; *principios públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, absolutamente obligatorios para la conservación del orden social de un pueblo y en una época determinada*—, lo cual, en el fondo, viene a ratificar la idea de imperium que late en estas dos concepciones del orden público, cuyo concepto ha evolucionado, modernamente, partiendo del supuesto de que se trata de un concepto indeterminado, por ello la jurisprudencia, sentencias de 13 de febrero de 1985 y 26 de octubre de 1990, determina que *infringe el orden público quien conculca los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución Española*, lo que se concreta en la conculcación de los derechos y libertades individuales, sociales o colectivas e impide y menoscaba el normal desenvolvimiento de las instituciones, por consiguiente, *son las libertades o derechos fundamentales de las personas, reconocidos en la Constitución Española y que los tribunales han de tutelar*» (el subrayado es nuestro).

²⁴⁰ La de 2 marzo 1990 era de la Sección 2.ª, siendo su ponente Gómez Martínez, y la de 14 de febrero de 1992 de la Sección 3.ª, su ponente Rigo Roselló, ambas de la Audiencia Provincial de Baleares, como se indica en el texto.

²⁴¹ La sentencia de la Sección 5.ª actuando como ponente Pérez Serra dice en su fundamento de derecho Primero: «y ante esta pretensión se hace necesario precisar cuál sea el *concepto de orden público* que se recoge en la norma citada –artículo 45.5 de la Ley de Arbitraje– y se alude en el preámbulo de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, precisando la sentencia del tribunal Constitucional de 25-4-1986 que *el concepto de orden público ha de ser interpretado a la luz de los principios recogidos en la Constitución, ya que a partir de su vigencia no pueden reconocerse decisiones que impliquen vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente garantizados*, por lo que un laudo será atentario al *orden público*, como concluye la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10-12-1991, cuando conculque alguno de los principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución» (el subrayado es nuestro).

²⁴² Sección 8.ª, ponente Rodríguez Esteban.

²⁴³ Sección 3.ª, ponente Gómez Martínez.

determinación de sus efectos sufre restricciones el principio de autonomía de la voluntad²⁴⁴.

La sentencia de la Audiencia de Lugo de 18 de noviembre de 1994 recuerda que los intereses de los menores están fundados en principios de orden público²⁴⁵. La sentencia de 5 de marzo de 1993²⁴⁶ de Álava indica que la institución de la patria potestad es calificada por la doctrina como de orden público «en cuanto constitutiva de una de las bases de la familia y parte íntegramente del estado de la persona». Las cuestiones relativas a la filiación son de orden público y no rige en ellas el principio dispositivo, dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 20 de septiembre de 1994²⁴⁷.

Por lo que se refiere a los pronunciamientos sobre el orden público, también en materia familiar, dictados comúnmente en procesos matrimoniales, hemos de referirnos a la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 11 de octubre de 1993, que define el orden público en línea con la conocida sentencia de 5 de abril de 1966²⁴⁸ añadiendo la especial relevancia que cobran las garantías constitucionales. La sentencia de la Audiencia de Málaga de 28 de septiembre de 1994 expresa que las normas reguladoras de las causas de separación matrimonial tienen el carácter de derecho necesario y orden público, que no pueden quedar al arbitrio de las partes y ni siquiera al arbitrio de los tribunales²⁴⁹. La pensión compensatoria goza igualmente de este carácter para la sentencia de 16 de mayo de 1994 de la Audiencia de Gerona²⁵⁰, así como la de alimentos, según otra sentencia de Castellón de la Plana de 26 de junio de 1993²⁵¹.

La sentencia de la Audiencia de Huesca de 30 de septiembre de 1994 no ve contrario al orden público y da plena validez a la cláusula penal de vencimiento anticipado del contrato de leasing por impago de cuotas²⁵².

La Audiencia Provincial de Gerona, en sentencia de 16 de mayo de 1994 estima que el pacto sobrevivencia, añadido a un contrato de compraventa, no es contrario al orden público.

²⁴⁴ Especialmente, en su aspecto procesal según el Tribunal Constitucional en sentencia de 10 de diciembre de 1984 que considera que el proceso, en cuestiones de derecho de familia, contiene elementos de *ius cogens*.

²⁴⁵ Ponente Neira Medín, fundamento de derecho primero.

²⁴⁶ Sección 1.ª, ponente Alonso Ochoa Chinchetru, fundamento de derecho 2.º.

²⁴⁷ Sección 4.ª, ponente Álvarez Sánchez, fundamento jurídico Tercero donde cita en su apoyo las del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1989 y de 28 de noviembre de 1992.

²⁴⁸ La sentencia de la Audiencia (Sección Cuarta, ponente Bermúdez Rodríguez) lo define como el conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos y económicos que informan al *Ordenamiento* jurídico interno del Estado, sin embargo, no sabemos si intencionadamente, omite parte de los que se contienen en la sentencia que cita del T.S. ya que ésta añadía a los anteriores los principios morales e incluso los religiosos.

²⁴⁹ Sección 5.ª ponente Hernández Barea, fundamento de derecho 4.º.

²⁵⁰ Sección 2.ª, ponente Lacaba Sánchez, fundamento de derecho 3.º.

²⁵¹ Sección 1.ª, ponente Tintoré Loscos.

²⁵² Ponente Gutiérrez Celma, fundamento de derecho 2.º.

En materia de arrendamientos urbanos de viviendas de protección oficial es lícita y no va contra el orden público, ni vulnera la letra ni el espíritu de las normas legales vigentes la cláusula que toma como módulo para actualizar la renta el incremento de precios al consumo entre la fecha de la calificación definitiva y aquella en que el régimen de protección oficial se extingue, quedando sometida desde entonces la relación arrendaticia al régimen ordinario de la Ley de Arrendamientos Urbanos, según la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 3 de mayo de 1993²⁵³.

Otra sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de enero de 1991 niega este carácter al instituto de la prescripción por lo que ha de alegarse en tiempo y forma para poder ser tenida en consideración, recordando además que esta figura por no fundarse en la justicia intrínseca excluye una aplicación rigorista y merece un tratamiento fuertemente restrictivo²⁵⁴.

Ciertas sentencias recurren al orden público para justificar la necesidad de proteger las situaciones meramente posesorias, generalmente a través de interdictos de esta índole, sin embargo el sentido de la noción quizá no sea el más propio del Derecho civil que aquí venimos comentando²⁵⁵.

12.4. DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Este Centro Directivo, en el último decenio, se ha pronunciado en una treintena de ocasiones sobre el carácter de orden público de algunas instituciones civiles de su competencia en determinados asuntos de los que ha conocido. Aunque también en ellas se ha contemplado la vertiente de Derecho internacional privado²⁵⁶, de derecho procesal²⁵⁷, e incluso de Derecho administrativo²⁵⁸ de esta noción.

Por lo que se refiere a los pronunciamientos sobre la cualidad de orden público de materias puramente civiles destaca la resolución de 23 de octubre de 1987 que indica que en la configuración de los derechos reales predominan los criterios de

²⁵³ Sección 1.ª, ponente Romero Navarro.

²⁵⁴ Sección 13.ª, ponente Ferrer Mora.

²⁵⁵ La sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 27 de julio de 1994 indica que los cardinales valores de paz y orden público amparan al poseedor frente a un poder arbitrario calificado de ilícito. Otra de la Audiencia de La Rioja de 28 de septiembre de 1994 expresa que los interdictos protegen la seguridad amenazada u otros derechos privados. Por último una de la Audiencia de Tarragona de 16 de junio de 1993 determina que la finalidad de salvaguardar el principio de orden público y reparar las arbitrariedades que puedan derivarse de tomarse la justicia por su mano, justifica la procedencia del interdicto.

²⁵⁶ Resoluciones de 25/3/1991, 19/2/1993, 12/5/1993, 23/10/1993, 28/1/1994, 18/3/1994, 11/5/1194, 27/5/1994 y 14/9/1994.

²⁵⁷ Específicamente en materia de competencia en las resoluciones de 14/11/1986, 29/9/1988, y 21//11/1992.

²⁵⁸ Resolución de 25/10/1985.

orden público, al contrario de lo que ocurre con el derecho de obligaciones presidido casi enteramente por la autonomía de la voluntad de los particulares²⁵⁹.

Otra resolución, la de 24 de septiembre de 1987, determina que las normas sobre la competencia y forma de autorización del matrimonio son de orden público y quedan obviamente sustraídas a la autonomía de la voluntad²⁶⁰.

Son varias las que recuerdan que la institución de la filiación es de orden público y está sustraída en todo momento a la voluntad de los particulares, específicamente las resoluciones de 30 de agosto de 1990²⁶¹, 11 de mayo de 1993²⁶² y 14 de marzo de 1994²⁶³.

Pero es al tratar un tema como el del nombre, apellidos y su alteración, donde más continuamente se trata esta materia en los registros civiles dando lugar a mayor número de resoluciones. Así se estima que son de orden público los arts. 54 de la Ley de Registro Civil y 192 de su Reglamento que prohíben la conversión en nombre de los apellidos y la imposición de cualquier nombre que haga confusa la identificación, según la resolución de 14 de septiembre de 1990. Además se declara que es un principio de orden público, no sujeto a excepción alguna, que todo español, incluso el naturalizado, ha de ostentar legalmente dos apellidos, en las resoluciones de 7 de noviembre de 1992 y 18 de marzo de 1994. En el mismo sentido se indica que son normas de orden público las que rigen la imposición de los apellidos y el cambio de éstos, en la resolución de 25 de mayo de 1993. Por último se remarca también el carácter de orden público de la atribución de los apellidos que hace que la facultad de inversión de los mismos autorizada en el art.

²⁵⁹ Afirma esta resolución que si bien es la autonomía de la voluntad la que predomina en la configuración de los derechos de obligación, siendo excepcionales los límites que impone el orden público, sin embargo no ocurre lo mismo con los derechos reales como se indica en el texto ya que en éstos predominan los criterios de orden público, aunque sin negar totalmente el juego de la autonomía de la voluntad, y ello debido a la trascendencia «erga omnes» que tienen y por afectar directamente al estatuto jurídico del aprovechamiento y circulación de bienes, y por tanto a la economía de la Nación. Parece ser que el término de orden público al que se refiere la resolución se aproxima al de *orden público económico*.

²⁶⁰ Las normas referidas en la resolución son concretamente los arts. 51.1.º y 2.º, 52.1.º y 57.II del Código civil, aunque puede ampliarse a todo el capítulo III del título IV del Libro I del mismo cuerpo legal referido a la forma de celebración del matrimonio.

²⁶¹ Explica esta resolución que estando presumida legalmente la filiación matrimonial, sin que se haya desvirtuado ésta, es evidente que el acuerdo entre los interesados no puede bastar para impedir la aplicación de la ley ya que estas materias son de orden público estando sustraídas a la libre autonomía de la voluntad, como determina el art. 1.814 del Código civil.

²⁶² No son suficientes por sí solas las manifestaciones de los interesados para modificar el estado civil de la filiación matrimonial presumida en el art. 119 del Código civil al primar en esta materia el orden público quedando exluida, en principio, la autonomía de la voluntad.

²⁶³ En su fundamento de derecho 5.º dice: «En efecto, en armonía con el consiguiente carácter de interés o de orden público que, en el plano jurídico, tiene todo estado civil, las cuestiones relativas al mismo están, en principio, sustraídas a la autonomía de la voluntad (cfr. arts. 6, 1.271 y 1.814 C.C.), lo cual determina que no pueda darse relevancia a las decisiones de los interesados, fuera de los supuestos permitidos por las leyes».

109 del Código civil pueda ejercitarse exclusivamente una sola vez, como dice la resolución de 30 de abril de 1994.

En materia de sociedades mercantiles la resolución de 11 de noviembre de 1991 expresa que el orden público es uno de los límites que tienen los administradores en su actuación a la hora de ejercer la representación de las sociedades. La resolución de 2 de diciembre de 1991 expresa que la transmisibilidad de las acciones está limitada, entre otros aspectos, por el orden público. Finalmente se destaca en la resolución de 19 de junio de 1992 que el principio de revocabilidad de los administradores es de orden público, como ya indicó la sentencia del T.S. de 31 de mayo de 1957 citada en dicha resolución.

Otra resolución de 27 de junio de 1994 determina que la *actio communi dividundo* es de orden público que además está favorecida y estimulada por el legislador²⁶⁴.

Finalmente y en consonancia con el art. 201 del Reglamento Notarial declara la resolución de 26 de septiembre de 1994 que uno de los deberes del notario es comprobar que el contenido del escrito no es contrario al orden público, entre otros aspectos.

13. CONCLUSIONES

La noción de orden público ya no puede, de ninguna manera, entenderse integrada en la ley, ni siquiera imperativa, pues como hemos dicho, perdería toda su razón de ser, a más de implicar una innecesaria redundancia en el art. 1.255 del Código civil, pues si éste es concebido, y así se entiende sin discusión, como uno de los límites a la autonomía de la voluntad, junto con la moral y la ley, al integrarlo en ésta limitaría, sin sentido, nuevamente con ella, por lo que pensamos que el legislador de haber querido darle ese sentido, cabalmente, no lo hubiera incluido en el precepto.

Tampoco puede decirse, con propiedad, que el concepto de orden público sea exclusivamente de carácter judicial, porque aunque la misión de la jurisprudencia sea absolutamente capital en la configuración constante de la noción, que deberá formularla y revisarla continuamente por supuesto, sin embargo, deberá tener en cuenta además otros parámetros no solamente jurisprudenciales, sino también sociales, doctrinales, legales y, desde luego, desde nuestro punto de vista, especialmente, constitucionales. Por tanto, aun no siendo estrictamente judicial la noción,

²⁶⁴ Explica su fundamento jurídico Tercero que: «si nadie debe permanecer en la indivisión y cualquiera de los comuneros puede obligar por la vía de la acción de división a extinguir la comunidad por medio de la venta de la vivienda, al ser ésta indivisible, esta forma de extinguir la comunidad no puede verse condicionada al consentimiento de los cónyuges de los otros titulares, ni a la autorización judicial supletoria, pues ello supondría introducir un condicionamiento o limitación a la acción de división que es de *orden público*, favorecida y estimulada por el legislador».

sí que es a los jueces y tribunales a quienes les corresponde, teniendo en cuenta los parámetros citados, determinar en cada momento y para cada supuesto concreto cuál es el contenido apropiado de la noción de orden público que se aplique.

Desde el punto de vista legislativo la noción de orden público se recoge en un buen número de normas aunque, ciertamente y con buen criterio, en ninguna de ellas se define. No obstante la Ley de Arbitraje de 1988 en su Exposición de Motivos marca un hito al indicar que la noción de orden público deberá interpretarse a la luz de los principios contenidos en la Constitución de 1978, pues es la primera vez que el legislador orienta, de manera además decisiva, cuáles deben ser los caminos a surcar por el orden público.

Poco antes, el Tribunal Constitucional, se pronunció en parecidos términos, en su decisiva sentencia citada de 13 de febrero de 1985, al indicar que es un componente esencial del orden público el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución. El Tribunal Supremo en algunos pronunciamientos recientes ha seguido esta doctrina, aunque es cierta jurisprudencia menor la que más decididamente aborda este nuevo punto de vista.

En general, la doctrina civilista más autorizada, dispar sin duda a la hora de glosar la noción de orden público, no aborda con suficiente detenimiento la cuestión²⁶⁵, aunque recientemente algunas acertadas voces han comenzado a poner de relieve la proximidad del concepto con los derechos fundamentales de la persona y los principios constitucionales²⁶⁶.

En nuestra opinión y siguiendo esta última línea apuntada el concepto actual de orden público, desde el punto de vista del Derecho civil español, debe orientarse hacia los principios y valores fundamentales recogidos constitucionalmente, con especial atención a los derechos inherentes de la persona.

En este sentido quizá pueda extraerse una noción actualizada de orden público extrayéndola del conjunto de principios que conforman los fundamentos consti-

²⁶⁵ Especialmente interesantes nos parecen las afirmaciones del profesor Ragel al respecto, quien afirma que «es preciso que la apelación al orden público deje de ser la coartada fácil, utilizada frecuentemente por quienes no tienen argumentos jurídicos contundentes para invalidar una determinada actuación que no está prohibida por la ley», pues, efectivamente, como se ha visto en este trabajo, no sólo la doctrina, sino también los tribunales, usan con demasiada frecuencia la noción sin saber exactamente el contenido de la misma, que raras veces explican, pero sí obteniendo el efecto invalidante deseado. Cfr., Ragel, «Autorización gubernativa de derribo y denegación de prórroga de arrendamiento urbano (A propósito de la STC 321/1993, de 8 noviembre)», cit., pág. 305, nota 19.

²⁶⁶ En este sentido, Ragel, quien afirma, como ya se ha dicho, que en la actualidad el orden público, entendido como límite a la autonomía de la voluntad, sólo debe admitirse cuando exista una nítida transgresión de los preceptos constitucionales y, especialmente, de la dignidad de la persona o de los derechos fundamentales que le son inherentes. Cfr., *Manual de Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, cit., pág. 127. Igualmente Luna Serrano, «El límite del orden público en la constitución de las servidumbres prediales», cit., pág. 285 entiende el orden público integrado en los valores contenidos en nuestra Constitución, señalando como límite de la autonomía privada el respeto a los valores constitucionales.

tucionales del orden político y de la paz social que se designan en el art. 10.1 de la Constitución, es decir, la dignidad de la persona, sus derechos inviolables, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás, correspondiendo a la jurisprudencia valorar y aplicar a cada supuesto concreto una noción vigente de este nuevo concepto de orden público.

Sin embargo, también deberán integrar en buena medida el orden público, no todos, pero sí algunos de los más destacados principios económicos y sociales contenidos en la Constitución aplicables al Derecho patrimonial, como una vía de adecuar muchas de las viejas instituciones jurídicas reguladas en el Código civil hace más de un siglo a las nuevas estructuras y valores sociales de finales de este milenio, todo ello en aras a proteger, limitándola con estas nuevas ideas, la propia libertad de contratación, y conseguir por la vía de la autonomía de la voluntad, uno de los principales objetivos del orden público: la consecución de un Derecho justo.

En cualquier caso, y teniendo en cuenta todo lo anterior, entendemos que los Tribunales, especialmente el Tribunal Supremo, y siguiendo la línea marcada ya por el Tribunal Constitucional, debería acometer con más decisión la tarea de dar contenido al concepto de orden público a la luz de la Constitución, elaborando una sólida doctrina, inexistente en la actualidad, que vaya dando cierta seguridad a la aplicación práctica de la noción a cada caso concreto, de manera que dicha actitud sea imitada por el resto de la jurisdicción, y entre todos, se logre, a través de esta fructífera figura, dinamizar y actualizar el contenido de nuestro Derecho privado.