

I. Conceptos fundamentales de derecho económico

INTRODUCCIÓN

El derecho como conjunto de normas coactivas que el Estado impone a la sociedad constituye un fenómeno histórico en constante evolución y cambio.

En su tarea reguladora, el Estado democrático recurre al derecho para:

- a) Reglamentar las relaciones económicas;
- b) definir la organización de la sociedad y del propio Estado, y
- c) crear los mecanismos que resuelvan los conflictos y controversias de intereses dentro de un contexto de paz social.¹

Las relaciones entre el sistema económico y las instituciones jurídicas, operan en una interacción dialéctica entre el derecho y la economía.

La propiedad privada (románica-continental), la libertad de contratación y la libertad económica fueron los pilares del modelo económico liberal que se consolidó en el siglo XIX y que se expandió universalmente con base en una economía autorregulada por las fuerzas del mercado, en competencia libre, y descansa precisamente en tales instituciones jurídicas. Es decir, economía privada y derecho individualizado son las dos caras de un mismo proceso, que opera en dicho lapso histórico y consolida la hegemonía de una clase social (burguesía), que nace de la sociedad feudal y emprende el tránsito a un sistema social más avanzado y progresista: el capitalismo.²

Para ello el Estado nacional se afianza jurídicamente; su función consiste en custodiar externamente a los individuos, base de la sociedad liberal en lo económico y en lo jurídico.

Históricamente ese modelo económico-jurídico muestra problemas insuperables. El Estado, centro de poder, depositario de intereses plurales, es obligado a intervenir y participar en los mecanismos del mercado a fin de corregir los desequilibrios supuestamente naturales e indivisibles.

¹ Alfonso Insuela Pereyra, *O Diritto economico na ordem juridic*, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1980.

² Joseph Lajugie, *Los sistemas económicos*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.

Esta doble función estatal, intervención y participación, impactará los sistemas jurídicos, en los que el derecho abarcará nuevas funciones de organización con el fin de lograr relaciones sociales más equitativas, y el equilibrio entre las fuerzas económicas existentes en el contexto social.

Este cambio de funciones del Estado, que abandona su papel anterior de "gendarme", provoca cambios relevantes en los sistemas jurídicos como:

- a) la ley pasa a ser el instrumento de programación económica;
- b) se sustituyen principios y técnicas jurídicas y
- c) el Poder Ejecutivo, en desmedro del Legislativo, pasa a formar un centro importante de la producción jurídica.

Aquí vemos, nuevamente, las relaciones recíprocas entre economía y derecho. A una economía intervenida y dirigida por el poder público, corresponde un orden jurídico público y administrativo. Esto es, a normas inorgánicas individualizadas, aptas y funcionales para economías autorreguladas y descentralizadas, le suceden normas orgánicas funcionales penetradas por reglamentación y directriz estatal.

Este nuevo derecho, un derecho de la intervención estatal, se estructura sobre nuevos conceptos y categorías jurídicas: la propiedad función social, los contratos de adhesión; los controles de precios y alquileres, la intermediación estatal entre el capital y el trabajo; la determinación del presupuesto; el control del dinero, del crédito y del comercio exterior son indicadores de cambios profundos en las sociedades contemporáneas.

Dicho proceso intervencionista no se detiene; por el contrario, avanza hacia su racionalidad y permanencia. A la economía política que estudia y sistematiza las decisiones microeconómicas (empresas), le sustituye la política económica que sitúa al Estado como centro de decisiones macroeconómicas, a las cuales los agentes económicos deben atenerse y ajustarse. El Estado del bienestar (*Welfare State*) se erige como el indicador del progreso social, y su participación se articula a la estructura misma de la nueva economía mixta (social de mercado), conformada por medio de empresas privadas, públicas y transnacionales.

La política económica, en efecto, se convierte en ciencia y técnica y avanza hacia la planificación regulando democráticamente las decisiones y ejecuciones económicas de los grupos o individuos y empresas. Hoy la planeación es la clave del éxito de las empresas transnacionales.

En consecuencia, el sistema normativo sigue el sentido y ritmo de estos cambios. Para disciplinar y regular primero la política económica y luego regular jurídicamente la planificación, surge el derecho económico que en su carácter instrumental y subordinado al Estado planificador registra, sistematiza y evalúa este prolífero universo de normas que por su propia naturaleza son creadas en forma empírica, coyuntural y no codificada.³

En síntesis, en la evolución histórica de la sociedad ha habido una interacción entre los cambios económicos y las instituciones del derecho, de cuyos dinamis-

³ Esteban Cottely, *Teoría del derecho económico*, Frigerio Artes Gráficas, Buenos Aires. 1971.

el derecho económico surge como una nueva rama del derecho, de suerte tal que su estudio supera los métodos formalistas y cae de lleno en el amplio campo de lo económico y social.

Concluimos estas reflexiones, con las siguientes premisas:

- a) a sistemas económicos liberales han correspondido sistemas jurídicos individualistas y privatistas;
- b) en cambio, a sistemas económicos socializados corresponden sistemas jurídicos administrativistas y públicos. Dichos cambios han tenido como centro nodal el derecho de propiedad y sus consecuentes efectos jurídicos y económicos;
- c) finalmente, a sistemas económicos mixtos, corresponden sistemas jurídicos orgánicos e inorgánicos (coexistencia de derechos públicos y privados).

El derecho económico nace en los sistemas socializados y mixtos, como instrumento que regula, disciplina y sanciona la política económica y la planificación del desarrollo.

En la década de los noventa, de nueva cuenta se plantean cambios significativos en la relación economía-derecho.

El Estado del bienestar y la economía mixta son sometidos a una crítica estructural y todas las deficiencias de los sistemas productivos —centrales o periféricos— son atribuidos a la presencia interventora y reguladora de los gobiernos.

Los procesos objetivos de globalización económica (comercial, financiera, productiva y tecnológica) son presentados, ahora, como paradigmas arrolladores, indiscutibles, a los cuales los países en desarrollo deben insertarse fatalmente a la manera “neoliberal”, es decir, con apertura comercial, menos restricciones a la inversión extranjera y retiro del Estado de sus funciones económicas como orientador, regulador y promotor del crecimiento económico y el bienestar social, bajo amenaza de quedar al margen del progreso y del tránsito al primer mundo.

Bajo esa premisa de inserción neoliberal en la globalización contemporánea, los estados nacionales en América Latina han aplicado una disciplina —llamada cambio o ajuste estructural— basada en los siguientes principios:

- a) liberalización de los precios y del comercio interior;
- b) liberalización del comercio exterior;
- c) desincorporación y privatización de empresas paraestatales;
- d) liberalización y desregulación para la inversión extranjera, eliminando y reduciendo restricciones y requisitos de desempeño;
- e) reducción del gasto público productivo y asistencial (incluyendo la reducción o supresión de subvenciones a los alimentos, insumos y energéticos);
- f) deterioro de los salarios reales y de los ingresos de las mayorías nacionales;
- g) restricción de la oferta monetaria y crediticia;
- h) aumento de los ingresos públicos a través de reformas fiscales y de la revaloración de los bienes y servicios vendidos por el Estado;

- i) liberalización de los mercados financieros;
- j) reducción o supresión de las políticas industriales o de fomento económico,
- y
- k) apoyos estatales al capital financiero y no al capital productivo.

México, desde su ingreso al GATT (1986) y desde diciembre de 1987, con la creación del Pacto de Solidaridad Económica, inició y consolidó un modelo económico neoliberal que culminó en 1994 con la vigencia y aplicación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

Ambos procesos impactaron profundamente el sistema jurídico y especialmente el contenido y forma de un derecho económico que, surgido de la carta constitucional (especialmente de las reformas de 1983), hoy se percibe relegado a normas dispersas y casuísticas, que privilegiando el mercado y la desregulación, forman un híbrido jurídico de discutible eficacia en la economía y la sociedad.

Este modelo neoliberal se ha impuesto sin cambiar los supuestos constitucionales vigentes, aunque los cambios legislativos han sido numerosos y pragmáticos.⁴

En tal encuadre, tenemos en México una visión dual del derecho económico. En efecto, un marco constitucional de economía mixta con perfiles nacionalistas y volcado al mercado interno; y un marco legislativo secundario, desregulador y volcado a la economía y mercados internacionales.

A esa dualidad iuseconómica se suman los 22 capítulos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que incorporados al orden jurídico interno vía el artículo 133 de la carta fundamental, *zonaliza* normas jurídico-económicas en torno a tres principios rectores de complicada articulación con la dualidad legal mencionada: trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, a los cuales dedicamos una sección especial más adelante.

DERECHO DE LA ECONOMÍA Y DERECHO ECONÓMICO

Ubicado en la descripción histórica precedente, el derecho económico conforma una realidad que puede ser estudiada científicamente, siempre que se le examine con una metodología interdisciplinaria amplia no formalista. Esto es, considerando a las normas jurídicas específicas como instrumentos que cumplen contenidos y finalidades económicas y sociales.⁵

Se trata de una rama del derecho integrada por categorías jurídicas (elemento formal) y económicas (elemento material), de manera que su objeto de estudio es bicéfalo. Ambos elementos tienen como eje central el fenómeno del intervencionismo estatal en la economía (mixta o socializada) a fin de alcanzar metas definidas

⁴ Véase Lucinda Villareal.

⁵ Roberto Grau Eros, *Planejamento econômico e regra jurídica*, Editora Revistas dos Tribunais, São Paulo, 1978.

por el sistema político global, recogidas en las constituciones nacionales. Este eje central será distinto en uno u otro sistema económico (mixto o socializado).⁶

Este intervencionismo y dirección estatales, ha dado lugar en la ciencia económica a una rama autónoma: la política económica, que estudia, sistematiza y evalúa los instrumentos técnicos de intervención estatal con el fin de regular la producción, distribución, circulación y consumo en una comunidad que aún mantiene mecanismos de mercado para la asignación de recursos. Es más, cuando la política económica se racionaliza, se hace sistemática y permanente, avanza hacia la planificación democrática o concertada.

Para regular ambos matices del intervencionismo estatal en la sociedad occidental, surge el derecho económico como un subconjunto normativo que regula, disciplina y ejecuta la política económica y la planificación en busca del desarrollo que equilibre necesidades sociales ilimitadas frente a recursos materiales escasos.

Dicho intervencionismo estatal, cuando es total y planificado imperativamente, como en los sistemas socializados, exige normas administrativas y económicas totales, lo cual da al derecho económico una función hegemónica y lo confunde con el derecho a la planificación. Es decir, en estos sistemas, derecho económico y derecho a la planificación se vuelven sinónimos.⁷

Aclarado lo anterior, volvemos a los modelos mixtos o de Estado social,⁸ podemos afirmar que el derecho económico es de dirección, de mando que se adscribe al ámbito del derecho público, pero con incidencia normativa en áreas del derecho mercantil. Este carácter de “derecho fronterizo” ha llevado a algunos autores a sostener que en los sistemas económicos mixtos, este derecho es el derecho de síntesis, que plasma los intereses privados (en cuanto agentes que cumplen actividades económicas no estrictamente individualistas) con los intereses públicos de dirección.⁹

Sin embargo, para los autores italianos, más que de derecho económico de dirección, habría que hablar de derecho de la economía.

Por ejemplo, para Giovanni Quadri, y en general para la doctrina italiana, el derecho de la economía se ubica en el derecho público de la economía, conceptualizado como una nueva disciplina que estudia y sistematiza las normas jurídicas por las cuales el poder público actúa en la economía.¹⁰ Para otro autor, el derecho de la economía es el derecho aplicable exclusivamente a la intervención de las personas públicas en la economía (empresas públicas).

Empero, creemos que el derecho de la economía supone una noción amplia que configura el universo normativo disciplinando la actividad económica en general y admitiendo así una distinción entre el derecho privado de la economía y el derecho público de la economía.

⁶ Jorge Witker, “Derecho económico”, en obra colectiva *Introducción al derecho mexicano*, UNAM, 1981.

⁷ Agustín Gordillo, *Derecho de la planificación*, Jurídica Venezolana, Caracas, 1978.

⁸ Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, España, 1980.

⁹ Roberto Grau Eros, *op. cit.*

¹⁰ Giovanni Quadri, *Diritto pubblico dell'economia*, Padova-Cedam-Bologna, Italia, 1980.

En efecto, el derecho privado de la economía registraría los controles, licencias y técnicas de policía con que el Estado regula a las empresas privadas, que si bien son reglamentadas por el derecho mercantil tradicional, es el poder público el que las reglamenta y controla. Esta regulación ha dado lugar a algunas legislaciones para hablar del derecho industrial o derecho corporativo.¹¹

En cambio, el derecho público de la economía está referido a aquellas normas de derecho público que reglamentan la actuación de las personas estatales en la actividad económica. La doctrina española niega autonomía al derecho económico y lo ubica dentro del derecho administrativo económico.¹²

DERECHO PRIVADO ECONÓMICO O DERECHO DE LA DESREGULACIÓN

El retiro estratégico de los estados como productores directos de bienes y servicios (empresas paraestatales en general) a consecuencia de los modelos neoliberales de fin de siglo es un hecho extendido en América Latina. Igual suerte han corrido las funciones de dirección (rectoría económica en el lenguaje constitucional mexicano) y regulación de la actividad económica, derivando entonces en una disminución de las normas de derecho público económico y, en contraste, una extensión y predominio de un derecho privado de la economía.

Es decir, al modificarse la relación Estado-mercado por la ecuación mercado-Estado, el derecho económico cambia de sustancia y forma.

Ese cambio dialéctico en la economía de México y América Latina trae como consecuencia un cambio en el derecho económico gestado en décadas pasadas; hoy debemos hablar más propiamente de un derecho privado de la economía o de un derecho de la desregulación económica.

Un derecho de la desregulación económica, concepto un tanto tautológico, supone que los agentes económicos están facultados para actuar con la menor observación posible de requisitos en los mercados tanto nacionales como internacionales.

En efecto, etimológicamente, regulación se define como el acto o acción de regular u ordenar. Regular: conforme a reglas, poner en orden una cosa. Regla: principio, base, canon, estatuto, ley, norma, prescripción, mandato, etcétera.

De ello se desprende que regulación significa elaborar y aplicar una regla o conjunto de éstas para que disciplinen la economía.

Por su parte, la economía es una ciencia social que estudia y describe el principio de escasez (esto es, limitados recursos materiales e inmateriales frente a ilimitadas necesidades de los individuos y países).

¹¹ André de Laubadere, *Droit public économique*, Dalloz, Paris, 1979.

¹² Francisco Sosa Wagner y Ramón Martín Muteo, *Derecho administrativo económico*, Pirámides, España, 1979.

Con base en lo anterior, regulación económica implica someter a normas a los agentes que actúan en la contradicción histórica perenne que opera en el principio de escasez.

Ahora bien, jurídica e institucionalmente el principio de escasez se materializa en tres premisas básicas:

- a) qué producir;
- b) cómo producir y;
- c) para quién producir.

La regulación económica entonces toma cuerpo en las normas jurídicas que limitan, estimulan, fomentan, inducen, imponen y sancionan, conductas económicas específicas creadas para proteger determinados valores colectivos, sociales, públicos o de interés general. Generalmente, la regulación económica —que emana de las constituciones políticas— está relacionada con una especie de orden público económico diseñado y consentido por la mayoría de una comunidad o país.

Desregulación supone, por la preposición *des* (negociación, oposición o privación), una eliminación o reducción de la regulación. De ahí, que un derecho que desregula se antoja *antitético*, sin embargo, la idea que entraña la desregulación en boga es diferente.

En efecto, si bien es cierto que en el modelo neoliberal vigente, el mercado subordina al Estado, no es menos cierto que se asigna al poder público una función reguladora mínima; y que se busca que el derecho sea el filtro fino que no trabaje ni dificulte el libre accionar de los agentes productivos y mercantiles.¹³

Al respecto, un estudio de Nafin expresa con certeza lo que afirmamos: “desregulación en el sentido de que su aplicación pretendería reducir o eliminar reglas o reglamentos, cuando no se encuentran cumpliendo adecuadamente su objetivo o cuando se manifiestan de forma excesiva para un mismo asunto, lo que representa costos inadecuados para un trámite o acción tutelada jurídicamente”.¹⁴

Bajo este concepto de desregulación se busca expeditar el actuar de los agentes económicos a los cuales se les libera de todo requisito innecesario o superfluo. Es decir, un mínimo de normas y un máximo de libertad económica.

En este contexto, se hace necesario precisar que el derecho anglosajón resuelve este problema con la incorporación del concepto de legislación mandatoria en contraposición a la legislación discrecional, tan prolifera en nuestro derecho económico y administrativo.

Una legislación mandatoria supone una premisa básica de seguridad jurídica y de respeto a las garantías económicas individuales, e implica que los agentes económicos deben observar determinados requisitos establecidos en las leyes y normas legales, cumplidos los cuales, su autorización es automática e inmediata,

¹³ La devaluación de diciembre de 1995 mostró que el Estado es el único garante de la economía nacional pues controla la política cambiaria y bursátil (Banco de México y NAFIN, respectivamente).

¹⁴ Documento en prensa elaborado por el Instituto Mexicano de Investigación Tecnológica, A.C. (IMIT) 1995.

sin necesidad de un acto declaratorio especial de la autoridad o dependencia administrativa.

En cambio, la legislación discrecional, propia del paternalismo jurídico estatal, deja en la incertidumbre al agente económico, pues a pesar de cumplir con los requisitos, su actuación se hace legal sólo a partir de actos declarativos particulares de cada autoridad interviniente.

Afortunadamente, esta modalidad desreguladora comienza a abrirse paso en nuestro derecho económico nacional. En efecto, la Ley Federal de Competencia Económica previene en materia de concentraciones que todo intento al respecto debe notificarse previamente a la comisión cuando excedan algunos umbrales en términos del tamaño de la operación. Dicha notificación previa está dotada de plazos perentorios para todos los trámites y para la respuesta por parte de la autoridad. Esto es afirmativa *ficta*, pues si la autoridad no responde en el plazo de 45 días, la operación es aprobada en forma automática.¹⁵

Es viable identificar otra vertiente significativa de desregulación en las incongruencias legales derivadas de inconsistencias o colisiones entre cuerpos jurídicos convergentes sobre una misma actividad o actuación productiva-mercantil. Es decir, se busca “una adecuación integral de la estructura jurídica que incorpore primero, las modificaciones en todos los ámbitos para evitar inconsistencias y segundo, que las inconsistencias que existan sean eliminadas promoviendo mecanismos legislativos que permitan su vigencia oportuna y jurídicamente razonada”.

En este contexto, hay que distinguir las regulaciones formales que en la Constitución federal, el Tratado de Libre Comercio, la Organización Mundial de Comercio, leyes secundarias, reglamentos, decretos, acuerdos del Ejecutivo, etcétera, que colisionan o se contraponen frente a una actuación o actividad económica concreta, y las regulaciones informales o institucionales integradas por manuales de procedimientos o instructivos de operación, mediante los que se regula la actividad de las ventanillas de atención al público o las áreas de supervisión o inspección del cumplimiento de los ordenamientos oficiales.

FUENTES DEL DERECHO ECONÓMICO NACIONAL

I. Vertientes macrojurídicas

- a) Los 22 capítulos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
- b) Residualmente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- c) Los acuerdos multilaterales o códigos de conducta de la Organización Mundial de Comercio.
- d) Las leyes secundarias derivadas del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
- e) Reglamentos y decretos de contenido económico.
- f) Jurisprudencia atingente a las normas de regulación económica.

¹⁵ Véase Santiago Levi, “Notas sobre la nueva Ley Federal de Competencia Económica” en *En torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, UNAM, México, 1993, pp. 71 y 72.

II. Vertiente microjurídica

- a) Contratos de asociaciones en participaciones (Ley del Impuesto sobre la Renta).
- b) Ley General de Sociedades Mercantiles, que regula los tipos de sociedades que pueden realizar actividades económicas.
- c) El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.
- d) Ley de Inversiones Extranjeras.
- e) Ley Federal de Competencia Económica.
- f) Ley de Metrología y Normalización.
- g) Ley Federal de Protección al Consumidor.
- h) Otras leyes de carácter sectorial y federal que regulan distintas actividades económicas, incluidas las referentes a comercio exterior y otros tratados de libre comercio suscritos por México.

CLASIFICACIÓN DEL DERECHO ECONÓMICO

El derecho económico se clasifica en: interno o doméstico, zonal o regional y económico internacional.

El derecho económico interno es el conjunto de normas que enmarcan los lineamientos de orden público económico que todo Estado establece para el libre actuar de los agentes económicos en su propio mercado.

Por otra parte, el derecho económico zonal está constituido por los 22 capítulos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sus disposiciones legales y reglamentarias que disciplinan el espacio zonal norteamericano.

El derecho económico internacional está referido a las normas, principios y costumbres que disciplinan los comportamientos privados y estatales de la sociedad globalizada de fin de siglo. En el caso de México estas normas se refieren al Fondo Monetario Internacional, a la Organización Mundial de Comercio, a la Organización de Cooperación Económica y Desarrollo y demás obligaciones que derivan de tratados de libre comercio recientemente suscritos con países de América Latina. (Chile, Costa Rica, Bolivia, Colombia, Venezuela).¹⁶

Hacia una definición

Existen en el derecho comparado diferentes definiciones de esta disciplina, a saber:

- a) “Conjunto de principios y de normas jurídicas que regulan la cooperación humana en las actividades de creación, distribución, cambio y consumo de la riqueza generada por un sistema económico” (Darío Munera Arango).

¹⁶ Conviene señalar que estos tratados si bien siguen la rígida disciplina del TLCAN, tienen en materia arancelaria, aduanera y origen de mercancías, reglas específicas que operan en las relaciones mercantiles.

- b) “Derecho de la economía organizada” (R. Goldschmidt).
- c) “Conjunto de estructuras y medidas jurídicas con las cuales utilizando facultades administrativas, la administración pública influye en el comportamiento de la economía privada” (E.R. Huber).
- d) “Derecho regulador de la economía mixta que tiene por finalidad conciliar los intereses generales protegidos por el Estado por un lado, y los intereses privados por otro” (Gustavo Radbruch).
- e) “Conjunto de principios jurídicos que informan las disposiciones, generalmente de derecho público, que rigen la política económica estatal orientada a promover de manera acelerada el desarrollo económico” (Daniel Moore Merino).
- f) “Conjunto de técnicas jurídicas que formula el Estado contemporáneo para la realización de su política económica” (Fabio Donder Comparato).
- g) “Complejo de normas que regulan la acción del Estado sobre las estructuras del sistema económico y las relaciones entre los agentes de la economía” (Alfonso Insuela Pereyra).
- h) “El derecho económico como la rama del derecho cuyas normas y principios tienen por objeto la organización, disciplina y control de las actividades económicas del Estado y de emprendimientos privados en lo tocante a la producción, a la circulación y al consumo de las riquezas tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional.”¹⁷
- i) “El derecho económico mexicano en el modelo neoliberal, es el conjunto de normas específicas de regulación cuyo objeto o finalidad es enmarcar los compartimientos económicos de las personas físicas o morales, tutelando intereses generales con criterios de economicidad y simplificación en el contexto de un mercado zonal, T.L.C.A.N.” (J. Witker). (Esta definición altera mi concepción publicista anterior dado el cambio legislativo, más no constitucional, que ha experimentado en los últimos seis años nuestra legislación económica.)

En conclusión, las definiciones precedentes apuntan a:

- 1) Organizar la economía macrojurídica en zonas o regiones internacionales.
- 2) Asignar al Estado un poder regulador eficiente.
- 3) Fomentar los mecanismos del mercado.
- 4) Conciliar los intereses generales con los privados nacionales o extranjeros.
- 5) Sancionar las prácticas desleales y restrictivas o monopólicas.
- 6) Que las normas tengan carácter más zonal e internacional que interno o nacional.

¹⁷ José Wilson de Queiroz Nogueira, *Direito econômico*, Forense, Río de Janeiro, 1983.