

LAS ENSEÑANZAS DE MEDIO SIGLO DE DERECHO ECONÓMICO *

Por Gérard FARJAT
Profesor de la Universidad
de Niza, Francia

Sumario. I. *Introducción*. II. *Balance*: 1. *Las razones del nacimiento y desenvolvimiento del derecho económico*. 2. *Las orientaciones del derecho económico*. III. *Perspectivas*: 1. *La extensión del campo del derecho económico*. 2. *Los obstáculos y los problemas del derecho económico*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho económico no se puede situar exactamente dentro del periodo de 75 años de historia del derecho escogido por este coloquio. En cierto sentido, setenta y cinco años es demasiado. El derecho económico fue “descubierto” en Alemania en los años 20¹ y poco después en la Unión Soviética.² Pero en otro sentido, 75 años no es bastante. Si los juristas alemanes estiman, después del primer conflicto mundial, que su sistema jurídico incluye una nueva rama del derecho, sucede así porque Alemania es —de todos los países de la familia romano-germánica— aquel en el que la concentración capitalista está más desarrollada y el único en donde existe una planificación pública imperativa. La intervención del Estado y la concentración capitalista son los dos “polos” del derecho económico. Pero el fenómeno de la concentración capitalista es anterior a 1900, al igual que el fenómeno de la interven-

* Ponencia general presentada al Coloquio Internacional sobre 75 años de Evolución Jurídica en el Mundo, realizado en la Ciudad de México, bajo los auspicios del Instituto Nacional de Ciencias Penales y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, del 20 al 25 de septiembre de 1976.

¹ Particularmente por Hedeman, J., *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*, 1922.

² Especialmente bajo la influencia de Pachukanis que conoce los trabajos de la doctrina alemana y ve muy bien que pueden servir de base a una teorización jurídica de algunos aspectos del sistema socialista. Un curso de derecho económico de Pachukanis recibe reconocimiento cabal hasta el año de 1936.

ción del Estado en la economía. La mayoría de los economistas sitúan en el último cuarto del siglo XIX el nacimiento de una nueva economía o cuando menos de un nuevo capitalismo (el capitalismo de los monopolios o de los oligopolios o, aún más, “el nuevo Estado industrial”). Podemos considerar, como G. Ripert que la ley francesa del 24 de julio de 1867 sobre sociedades anónimas es, en Francia, el acta de nacimiento del nuevo capitalismo, “la era de las sociedades por acciones”.

En la Unión Soviética, es en los días posteriores a la revolución, cuando asistimos a una verdadera “formalización” del derecho económico. ¿Por qué admirarse de esta mutación jurídica? El principio de la propiedad pública de los bienes de producción y el establecimiento de una planificación imperativa pública traducen un orden jurídico contrario al de las sociedades liberales. Se puede definir al derecho económico socialista como el derecho de la propiedad colectiva de los bienes de producción, de la planificación y de las relaciones relativas a la producción entre las empresas y entre las empresas y la administración.³ Este derecho presenta todas las características de una rama del sistema jurídico. En cuanto a los sujetos de derecho: son las empresas; las administraciones económicas; en cuanto al “fondo” del derecho se pueden destacar: un modo de propiedad específica de los bienes, la propiedad pública de los bienes de producción; un derecho específico de las obligaciones, los contratos económicos entre las empresas sometidos a la planificación. En cuanto al procedimiento, se distingue la existencia de una jurisdicción específica (el arbitraje estatal en la URSS, el tribunal de los contratos en la República Democrática Alemana) que es un signo particularmente claro de la existencia de una rama autónoma del derecho.

En fin, si se considera a las fuentes reales del derecho, se podrá constatar que a las relaciones jurídicas de derecho económico corresponden relaciones económicas y sociales específicas; relaciones de producción diferentes a las del trabajo, ya que el derecho del trabajo sigue siendo autónomo y las “relaciones de consumo” siguen sometidas al derecho civil.

Indiscutiblemente, la existencia del derecho económico es mucho menos clara en los países capitalistas. Ello porque este derecho es algo herético en los países de economía liberal. El derecho económico, derecho de la organización de la economía, es con-

³ Resumimos una definición del gran jurista soviético V. V. Laptev, promotor del derecho económico en la URSS dada en “Problemes scientifiques du droit économique”, en *Sovetskoe Gosudarstvo I Pravo*, 1965, 4, pp. 44-54.

trario a los postulados de la economía liberal, así como al principio de la propiedad privada de los bienes de producción y al de la libertad contractual. La organización de la economía es contraria al orden público liberal que hace de la “mano invisible” del mercado un principio fundamental. El derecho de la economía liberal prohíbe —podemos decir— el nacimiento de un derecho económico: el Estado debe abstenerse de intervenir en la economía, los particulares deben también abstenerse de falsear la ley del mercado so pena de represión penal.

El desarrollo de la intervención del Estado como el de la concentración capitalista, factores de “dirigismo”, al ser contrarios a las bases jurídicas de los países de economía capitalista, constituyen una verdadera contradicción en esas formaciones sociales. Dicha contradicción se traduce en el plano jurídico por oposiciones constantes y pugnas de influencia entre el derecho clásico y el derecho económico; como por otra parte, entre el derecho del trabajo, a menudo precursor en sus técnicas del derecho económico, y el derecho clásico. El derecho económico de los países capitalistas es a menudo un derecho vergonzante, que se constituye “golpe a golpe”, en tanto que subsisten los principios básicos de las sociedades liberales. Las guerras y las crisis sociales han sido factores importantes de desarrollo del derecho económico; a veces provisionales, aunque la crisis de 1929 tuvo una influencia profunda y definitiva a este respecto.

Es por esto que la doctrina dominante en la mayoría de los países liberales no suscribe la tesis de una nueva rama del derecho. En Francia, particularmente, los autores que sin embargo toman muy en cuenta las mutaciones económicas y sociales no ven en el derecho económico, sino un nuevo orden jurídico o una nueva disciplina. Como lo señala C. Champaud:

El derecho económico es un orden jurídico que responde a las normas y a las necesidades de una civilización aún en vías de formación... El derecho económico no es una nueva rama del derecho, sino un derecho nuevo que coexiste con el cuerpo de reglas jurídicas tradicionales, de la misma manera que el orden social industrial que se elabora, cohabita con las instituciones del orden social precedente que no podría extinguirse bruscamente.⁴

Nadie puede negar, por ejemplo, la importancia de las disposiciones de naturaleza económica que han terminado por constituir

⁴ Cfr., “Contribution a la définition du droit économique”, Dalloz, 1967, xxv, p. 215.

un orden público económico a que deben someterse los contratos.⁶ Ya nadie niega tampoco la existencia de un derecho público económico.⁸ Pero sucede como si todas las ramas del derecho estuviesen cubiertas en su superficie (derecho constitucional económico, derecho penal económico, etcétera) por una “capa” de nuevas disposiciones con una finalidad económica. Es más, se observa la coexistencia de estructuras jurídicas diferentes. Cuando Galbraith presenta un cuadro del “nuevo Estado industrial”,⁷ sólo toma en consideración las 500 primeras sociedades norteamericanas; por económicamente dominantes que sean, no constituyen sino un aspecto de los agentes económicos en los Estados Unidos. Es posible admitir que existen al lado de sociedades o de firmas que interesan por su poder al derecho económico, un mayor número de ellas que siguen concerniendo esencialmente al derecho mercantil clásico.

Las mutaciones de las que se tiene que reconocer su importancia, aunque se les niegue su coherencia tienen, sin embargo, una consecuencia científica y técnica. “Considerado como un derecho original, pero de vocación general, el derecho económico se presenta como un espíritu jurídico particular aplicado a un cuerpo de reglas diversas. Sólo su espíritu es verdaderamente novedoso”, escribe de nuevo C. Champaud,⁸ uniéndose así a lo expresado por el profesor Vasseur:

El derecho económico es un derecho de reagrupamiento y de síntesis, que permite a los juristas enfrentar y considerar las necesidades de la economía en toda su amplitud y darse cuenta de reglas que dichas necesidades han podido suscitar, cualesquiera que sean las disciplinas que, bajo aspectos diversos, rigen la actividad económica... De esta suerte el derecho económico aparece, desde hoy, como una forma de considerar y quizá de sentir, en función de las necesidades de la economía, los problemas del derecho.⁹

Así, al lado de un orden jurídico nuevo, parcelizado en las diferentes ramas del sistema jurídico general, la doctrina más audaz admite por lo menos la existencia de una disciplina científica y técnica. Parece efectivamente que nuestras sociedades contemporáneas tienen necesidad de juristas con una formación realmente

⁶ Cfr., Ripert, G., “L'ordre public économique”, en *Etudes Gény*, 1934; Farjat, G., *L'ordre public économique*, L.G.D.J., 1962.

⁷ Cfr., Laubadere, A. de, *Droit public économique*, Dalloz, 1975.

⁸ Cfr., *Le Nouvel Etat Industriel*, París, N. R. F., 1968.

⁹ Cfr., op. cit., supra, nota 4.

⁹ “Un nouvel essor du concept contractuel; les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle”, en *Rev. Trim. Droit Civil*, 1964, p. 1.

pluridisciplinaria (derecho público, derecho privado, economía política) y un espíritu particular. El conocimiento de la dogmática jurídica no basta debido particularmente a que las realidades que interesan al derecho económico no se encuentran siempre en los textos o en las decisiones jurisprudenciales.

El reconocimiento de la necesidad de una disciplina nueva que ignore particularmente la distinción de derecho público y de derecho privado es sin lugar a dudas decisivo. Ello puede permitir el progreso del derecho económico.

Sin embargo, no es satisfactorio que dicha disciplina no tenga otro campo preciso que no sea este orden jurídico nuevo mal definido. En realidad, se puede descubrir en los países capitalistas el nacimiento de una verdadera rama del sistema jurídico, comparable al derecho económico socialista.

Desde 1932, los autores norteamericanos Berle y Means afirmaban que la propiedad de los bienes de producción en manos de las grandes sociedades ya no tenía nada que ver con la propiedad individual.¹⁰ Y el tema de la democratización, de la colectivización o de la socialización de la propiedad por medio de la difusión de las acciones entre el público ha conocido bastante éxito. De hecho, si se mira de más cerca el funcionamiento real de las grandes sociedades, éste muestra una concentración del poder, del “control” y no su difusión. Pero ya no se trata de la propiedad individual y sus técnicas clásicas. Asistimos, por otro lado, a cierta estatización de las grandes empresas por ciertas intervenciones de los poderes públicos.

Pero el fenómeno más evidente en los países capitalistas es el de una cierta organización de la economía en lugar del *laissez faire* del mercado. Primeramente, del lado de los poderes públicos: si no existe generalmente verdadera planificación, existe cuando menos en todos los países capitalistas una política económica imperativa que se traduce jurídicamente en un orden público económico de importancia variable según los países y las épocas. Es de destacar particularmente la existencia de un derecho económico de la competencia, sancionado penalmente, de una reglamentación de los intercambios con el exterior, de los precios, del crédito y de una “selva tropical de nuevas reglamentaciones legales”, según la expresión de Schumpeter,¹¹ concerniente a los diversos tipos de

¹⁰ Cfr., su célebre obra *The Modern Corporation and Private Property*. Más recientemente Berle afirmaba que la propiedad se dividía ahora en propiedad de producción y en propiedad de consumo. (“Propriété, production et révolution”, en la obra colectiva *L'entreprise et l'économie du XX siècle*, bajo la dirección de Bloc Lainé, F. y Perroux, F., París, 1966).

¹¹ Cfr., *Capitalisme, socialisme et démocratie*, 1942.

contratos. Por otro lado, la concentración capitalista puede dar como resultado una planificación privada. ¿Cuando una sociedad *holding* domina todo un sector de producción no se llega al mismo grado de centralización que en los países socialistas?

¿Es menester mencionar además las colaboraciones que se establecen entre poderes públicos y las grandes firmas definidas en Francia por los términos de “economía concertada” o “contractual” y que parecen dar lugar a una organización mixta de la economía? Se ha llegado a sostener que existen tres “vías” del derecho económico. C. Champaud define así el derecho económico como “el derecho de la organización y del desarrollo económico, ya sea que éstos dependan del Estado, de la iniciativa privada o del concierto de uno y otra”.¹²

A causa de dichas observaciones, podemos definir al derecho económico —en tanto que rama del derecho— como “el derecho de la concentración y de la colectivización de los bienes de producción y de la organización de la economía por los poderes privados o públicos”.¹³

Como lo habíamos destacado, esta definición no es generalmente aceptada por la doctrina de los países de economía privada. ¿Por qué sorprenderse si en los propios países socialistas el derecho económico fue considerado una herejía de 1937¹⁴ hasta los años 60, época en la que las reformas económicas, basadas en una mayor autonomía de las empresas lo pusieron de moda una vez más?

Las reticencias de la doctrina de los países de economía privada son más comprensibles. No solamente en razón de la contradicción entre el derecho económico y los principios jurídicos básicos de la sociedad liberal, sino porque el desenvolvimiento del derecho económico es empírico y parcial.

En lo que concierne a los países de economía privada, la concepción según la cual el derecho económico constituye una nueva rama del derecho puede por lo menos ser considerada a título de hipótesis de interpretación de un orden jurídico nuevo que exige de todos modos una nueva disciplina.

Es el fundamento de esta hipótesis lo que quisiéramos demostrar en este trabajo.

¹² Cfr., op cit., supra, nota 4.

¹³ Cfr., Farjat, G., *Droit économique*, Paris, P.U.F., 1971, p. 14.

¹⁴ Se pueden leer algunos trozos de una violenta requisitoria de Vichinsky contra el derecho económico en “Le droit contractuel dans le système soviétique” de Eliachevitch, en *Revue Trim. Droit Civil*, 1938, p. 413. Pachukanis, considerado hoy en día como un gran precursor (Tchkhikvadze, “L'évolution de la science juridique soviétique”, en *Revue Int. Droit Comparé*, 1968, p. 19) es ejecutado en 1938.

Después de 50 años de existencia, el derecho económico sigue siendo una noción discutida. Una síntesis toma necesariamente, hoy en día, todavía la forma de una demostración y debe estar apoyada en las mutaciones económicas y sociales, no solamente en lo que concierne a las perspectivas sino también en lo que concierne al balance que se puede llevar a cabo hoy.

II. BALANCE

Es difícil elaborar un balance general del derecho económico: particularmente en razón de las diferencias entre los sistemas jurídicos. Si se quiere lograr una cierta generalización, es menester confrontar constantemente las realidades económico-sociales con las estructuras jurídicas. Son las realidades económicas y sociales las que pueden servir de hilo conductor. Limitaremos esta investigación a dos cuestiones: la de las razones del nacimiento y desenvolvimiento del derecho económico y la de sus grandes orientaciones, porque existen varios tipos de derecho económico, ya sea que se trate de una rama del derecho o de un nuevo orden jurídico.

1. Las razones del nacimiento y desenvolvimiento del derecho económico

Son las fuentes reales del derecho de lo que se trata esencialmente aquí, pero no se trata de una investigación de ciencia política. Nuestro propósito es mostrar cómo las nuevas estructuras jurídicas que componen el derecho económico han sido provocadas por mutaciones económicas y sociales. Se trata de comprender un fenómeno de creación del derecho.

Para realizarlo no tomaremos como campo de estudio el derecho económico socialista, sino el terreno más difícil: el de los países de economía privada. Solamente el derecho económico puede "explicar" las estructuras nuevas de los Estados industriales. Es a la vez la antítesis del sistema liberal y la expresión de un nuevo orden económico y social.

A. El derecho económico, antítesis del sistema liberal. Es necesario recordar los elementos básicos, aunque sean perfectamente conocidos, de los sistemas liberales clásicos. Podemos partir de un texto célebre de Adam Smith que sintetiza perfectamente la base material (si la economía de mercado es una realidad) o la base

ideológica (si la ley del mercado libre no ha sido nunca sino un modelo ideal) de las sociedades liberales:

Todo individuo se esfuerza por emplear su capital de tal modo que el valor de sus productos sea maximizado. Por regla general, no se propone promover el interés general e ignora además en qué medida lo logra. No se preocupa sino de su propia seguridad, de su propia ganancia o lucro. Y al actuar así, es conducido por una mano invisible para el logro de un objetivo que él no se había propuesto. Al perseguir su interés particular, sirve a menudo al interés social con mayor eficacia que en los casos en que tiene realmente la intención de promoverlo.¹⁵

Esta fórmula, justamente célebre nos parece explicar los dos datos básicos de los sistemas jurídicos liberales:

a) La separación del derecho público y del derecho privado. Aunque dicho tema ha sido “teorizado” (fundamentalmente en los países de la familia romano-germánica, tiene su equivalente en los del sistema de *Common Law*. El Estado considerado como representante del interés general no tiene ninguna razón de intervenir en el campo de la actividad económica, puesto que dejando actuar a los intereses particulares es como se obtiene el mejor resultado. Ambos derechos tienen ámbitos, fines, técnicas y sujetos de derecho diferentes. El derecho privado es el derecho de la autonomía individual y de las relaciones concordantes; el derecho público, el derecho del mando, de las relaciones de subordinación.

b) El derecho privado es el derecho de los empresarios individuales y autónomos. Si resulta inútil insistir en las libertades concernientes a la economía, se deben mencionar las precauciones tomadas para salvaguardar la existencia de una sociedad “atomizada” de empresas y “la mano invisible”. El orden público económico liberal prohíbe las coaliciones o condena, como en Francia (Código penal, artículo 419), hasta las ganancias que no sean el resultado del “juego natural de la oferta y la demanda”. Se toman igualmente severas precauciones contra los agrupamientos. La prohibición de las coaliciones y de las corporaciones se acompaña en Francia de un derecho de las agrupaciones que preserva la autonomía de los empresarios individuales. No pueden constituir agrupaciones que sean intermediarias entre la asociación (que, “desinteresada” no concierne a lo económico) y la sociedad (cuyo fin es perseguir un provecho). Existen ciertos riesgos de que una agrupa-

¹⁵ Cfr., *La Riqueza de las naciones*, 1776.

ción cuyo fin no es la realización de un beneficio no siendo propiamente una organización “desinteresada”, organice la economía. Como lo expresaba la ley Le Chapelier “no existe otra cosa que no sea o el interés particular o el interés general. No está permitido a nadie inspirar un interés intermedio...”. Sin duda, se toleran las sociedades, pero están en una muy buena medida sometidas al principio de la unanimidad que salvaguarda la autonomía individual de los capitalistas.

Es este orden liberal perfectamente coherente el que va a ser cuestionado por la concentración capitalista y la intervención del Estado. Sin duda, no se trata de mostrar de qué manera se han llevado a cabo las transformaciones bajo la acción de las fuerzas sociales o económicas, de la “fuerza creadora del derecho” según la expresión de G. Ripert.¹⁶ Este análisis le corresponde a la ciencia política. Son las “contradicciones jurídicas” las que nos preocupan. Contrariamente a una opinión muy difundida entre la doctrina francesa, la “agresión” contra el sistema liberal vino primero de la concentración capitalista. Esta implica contradicciones materiales y formales en el seno del sistema liberal y es la que hace necesaria la transformación de la función del Estado.

a'. Las contradicciones materiales y formales de la concentración en el seno del sistema liberal. Podemos definir la concentración capitalista como “el movimiento que conduce a la posesión y al control de masas cada vez más grandes de capitales y de poderío económico por una cantidad cada vez más reducida de personas físicas o morales”¹⁷ Hay que precisar que este movimiento no se confunde, de ninguna manera, con la disminución del número de empresas como lo piensan algunos economistas. Se puede observar dentro del seno mismo de las sociedades mercantiles en las que un pequeño número de asociados detentan el control de la sociedad. Puede acompañarse de la creación de empresas (filiales). En la mayor parte de los casos, se desarrolla sin desaparición de las personas jurídicas. Por ejemplo, por medio de la compra de acciones o de la creación de redes de empresas subcontratantes o de distribuidores exclusivos. Algunas empresas industriales o financieras pueden “controlar” millares de empresas que no

¹⁶ Cfr., *Les forces créatrices du droit*, 1955. Ripert atribuía esencialmente al régimen democrático la mayoría de los ataques al derecho liberal (en *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1948). Era olvidar, por un lado, la Unión Soviética y, por el otro, los regímenes fascistas en donde se han desarrollado tantos ataques, si no es que más, al sistema liberal.

¹⁷ Cfr., nuestro manual *Droit économique*, p. 122.

obstante haber perdido su poder de decisión conservan los riesgos de la personalidad jurídica (responsabilidad, quiebra). Se pueden aún añadir a esos poderes de dominación, los poderes de las alianzas económicas.

Es este proceso el que atenta a las bases mismas del sistema liberal, el que no respeta particularmente la distinción del derecho público y del derecho privado y lleva por ese hecho a la creación de una nueva rama del derecho. La observación fundamental es que a partir de un cierto grado de poder económico las empresas dejan de ser “materialmente” particulares para convertirse en “poderes privados económicos”. Existe desde ese momento una contradicción fundamental en el sistema económico y jurídico de las sociedades liberales. Formalmente, o más simplemente, en el plano jurídico, esas personas y sus actividades dependen del derecho privado en tanto que, materialmente, en el plano económico y social, son poderes comparables a la potestad pública. La primera contradicción nacida de la concentración capitalista que fue percibida en el nivel jurídico es la de los contratos de adhesión. Aquellos juristas que no se encierran en la dogmática jurídica sino que están conscientes de las bases mismas del derecho civil (el principio de la autonomía de la voluntad), e informados de las realidades económicas y sociales, comprueban que esos contratos formalmente privados son, materialmente, de naturaleza pública: un contratante dicta su ley a asociados que no son sino adherentes.

Otro fenómeno percibido también tempranamente concierne ya no a los contratos, sino a la propiedad de los bienes de producción. Se trata del fenómeno del *control* de las sociedades mercantiles. Las sociedades de capitales con una cierta importancia económica, derivan formalmente del derecho mercantil, pero materialmente del derecho público. Si se quiere resumir esquemáticamente su evolución, se puede decir que han pasado por tres estadios. El de la democracia directa, perfectamente compatible con el derecho privado, en razón del principio de unanimidad, caso en el cual la propiedad sigue siendo privada. Luego viene el estadio de la democracia representativa. Aquí los autores hablan de “institución” porque es el principio mayoritario el que a partir de ese momento se convierte en el dominante y los “representantes” se transforman en órganos dotados de poderes propios. Finalmente, pasamos al tercer estadio, a una democracia presidencial, aunque más bien a una forma más marcada de autoritarismo, con el refuerzo o fortalecimiento de los poderes de los dirigentes. En todo

caso —cualesquiera que sean las modalidades técnicas utilizadas (convención de *trust* o funcionamiento real de las asambleas)— se distinguen hoy en día los accionistas que gozan del “control” de la sociedad, del poder, y los accionistas pasivos que no toman parte en las decisiones. Es a partir de ese momento que una parte importante de los bienes de producción se ve sustraída a la propiedad privada clásica.

Finalmente y más tarde, se puede comprobar que sectores enteros de la economía escapan a la ley del mercado, en razón de las alianzas y de las posiciones dominantes. Simples personas privadas que logran “dirigir” sectores enteros de la economía.

b'. La necesaria transformación del papel del Estado. El Estado no podía ya seguir absteniéndose de intervenir en la economía a partir del momento en que ésta podía ser “organizada” por personas privadas. Su intervención era pues “necesaria”; en el sentido más fuerte de la palabra; dicha intervención estaba “determinada”. Desde el punto de vista económico: en la medida en que deja de operar la ley del mercado debido a la concentración capitalista, es menester una nueva “regulación” de los intercambios; dicha regulación es asumida en ese caso por el Estado. Desde el punto de vista social: la concentración capitalista modifica las fuerzas sociales creadoras del derecho; las “víctimas” de la concentración llegan a solicitar y hasta exigir la intervención del Estado. Es menester añadir, además, que se podría encontrar una necesidad ideológica: la intervención del Estado es una necesidad desde el punto de vista de la lógica y de la coherencia del mismo sistema liberal.

Acabamos de mencionar como uno de los efectos de la concentración la organización global de la economía por los poderes privados económicos. Cuando en 1956 algunos países europeos desean constituir un mercado común libre, constatan que: “el primer hecho que hay que tener en cuenta, es la dimensión alcanzada por las empresas y como consecuencia las prácticas del monopolio, las facultades de repartición de los mercados...”¹⁸

Los poderes públicos europeos están perfectamente conscientes que a las barreras públicas, a las divisiones estatales nacionales que ellos desean suprimir pueden sucederles divisiones privadas, barreras contractuales privadas que contraríen o impidan la liberación pública de los intercambios. Es por lo que van a mostrarse particularmente rigurosos frente a las alianzas y a las posiciones

¹⁸ Extracto del informe de los jefes de delegación del Comité gubernamental.

dominantes. El desenvolvimiento de un derecho económico de la competencia es una evidente necesidad. “El neoliberalismo” reemplaza al liberalismo clásico. Solamente aquellos autores que se han preocupado de este derecho de la competencia han podido comprobar que de espíritu neoliberal, evoluciona hacia un dirigismo público.¹⁹ A partir de un cierto grado de concentración, ya no es posible prohibir, para ello se requeriría “desestructurar” sectores enteros de la economía. Las alianzas y las posiciones dominantes ya no son en las actuales economías desarrolladas fenómenos patológicos en sí mismos. La economía se ha convertido naturalmente en monopolista o “oligopolística”. Aunque eso no implica una desaparición de la competencia, se trata de otra competencia, de una guerra con sus tratados de paz entre los poderes económicos. El Estado debe en ese caso esforzarse por ejercer una función de árbitro y ejercer un control de interés económico para separar las buenas alianzas de las malas, para reprimir los abusos de poder. La cuestión es entonces la siguiente: ¿está efectivamente dirigida la economía por los poderes privados? Los comportamientos de los poderes privados económicos no son eventualmente (muy eventualmente) condenados sino después de un balance económico. El dirigismo privado impone un dirigismo público. A partir de ese momento la economía concierne más que nunca al interés general.

¿No ha sucedido siempre lo mismo desde un cierto punto de vista? ¿Las funciones del Estado gendarme —tales como la defensa nacional— no tienen una influencia económica? ¿Los contratos celebrados por el Estado con ciertas empresas para garantizar sus servicios públicos no han sido un factor importante de concentración? ¿Hoy en día, el presupuesto militar del Estado no tiene una influencia decisiva desde el punto de vista económico? Por último, ciertas funciones económicas deben ser tomadas a cargo del Estado si quiere conservar su soberanía. No puede depender, para la simple salvaguardia de su soberanía, de una compañía extranjera para sus transportes aéreos, no puede eximirse de ciertas industrias “vitales” para la nación. Si lo exiguo del mercado nacional no permite la rentabilidad de esas industrias, son los poderes públicos quienes las toman a su cargo.

Por último y de una manera más general, la fórmula de Adam Smith sólo es válida en el caso de la obtención de ganancias. Es una mera formulación teórica pensar que siempre sucede así. Si

¹⁹ Cfr., nuestro *Droit économique*, pp. 258 y ss.; Kaysen y Turner, *Antitrust policy and economic and legal analysis*, 1959; Blaise, *Le statut juridique des ententes*, p. 17.

ENSEÑANZAS DE MEDIO SIGLO DE DERECHO ECONÓMICO 19

un puñado de economistas —radicales liberales— pueden sostenerlo, es porque pertenecen a la más grande potencia económica del mundo, y que para ésta, efectivamente, casi todos los mercados pueden ser la ocasión de obtener beneficios. Solamente estos últimos años, ha sido necesario crear en los Estados Unidos una sociedad de economía mixta (la Amtrak) para garantizar el financiamiento y la gestión de los transportes por vía férrea, que han venido operando deficitariamente. La parte del financiamiento público de las actividades económicas es en los Estados Unidos casi tan importante como en los demás países industriales.

El último punto importante por destacar es la acción de las fuerzas sociales. Estas son modificadas por la concentración capitalista de dos maneras. El Estado debe en el porvenir tomar en cuenta de una manera o de otra a los poderes económicos privados e igualmente tomar en cuenta a las “víctimas” de la concentración. Estas, necesariamente descontentas del mercado y, en el plano jurídico, de la “libertad” contractual, pueden reaccionar de dos maneras. Ya sea haciendo presión sobre el Estado para obtener medidas protectoras, u organizándose para crear un “contra-poder” que permita obtener un contrato colectivo más equilibrado. Es muy a menudo la primera vía la que han escogido.

B. El derecho económico, expresión de un nuevo orden económico y social. El derecho económico es en cierta forma la antítesis del derecho liberal clásico. Es un derecho de la organización de la economía, es un derecho colectivo, es un derecho que reúne los caracteres del derecho público y del derecho privado.

a) La existencia de un derecho de la organización de la economía es algo patente. La mayoría de las reglas nuevas que emanan de los poderes públicos tienen motivaciones económicas o recurren a criterios económicos. Es evidente en el derecho público económico o en el derecho de la competencia, pero ello aparece igualmente en ciertas instituciones clásicas. En Francia, el derecho de la quiebra ha sido profundamente modificado para tomar en cuenta la importancia económica de las empresas y hasta de las personas morales. Algunas, en razón del interés regional o nacional que presentan pueden ser provisionalmente salvadas a fin de permitir su recuperación. Se puede eliminar a los dirigentes de una sociedad por una mala gestión. El criterio de la viabilidad económica de una empresa se convierte en determinante. Se justifican además, muy a menudo, las reglas nuevas de funcionamiento de las sociedades por los imperativos económicos de la gestión. A las re-

laciones jurídicas individuales de intercambio se sobrepone, la mayor parte de las veces, un derecho jerárquicamente superior. Esto es evidente en las reglas que emanan de los poderes públicos: “encuadramiento” del crédito, de los precios, etcétera... Pero es verdad también en derecho privado en donde se observa a la vez una organización privada de los mercados, una reglamentación privada de los comportamientos de los agentes económicos (a través de alianzas, de organismos profesionales, etcétera) y una organización estructural de los agentes económicos (grupos de sociedades, redes de distribuidores o de sub-contratistas). El derecho económico, es el derecho de las “manos” más o menos “visibles” que organizan la economía.

b) El tema de la “colectivización” del derecho está demasiado tratado como para ser necesario insistir en él. Es conocido el desarrollo de la propiedad colectiva de los bienes de producción. En razón de una cierta publicización que puede expresarse por la apropiación pública, la creación de empresas mixtas o la creación de obligaciones de naturaleza pública para las empresas privadas, éstas pueden estar sometidas a obligaciones de servicio público en razón del interés económico público que representan.

Es útil evocar aquí la noción de *public utilities* que permite aún en los Estados Unidos un cierto control de las empresas privadas. Ya hemos señalado el carácter colectivo de la propiedad por medio de las sociedades y su ambigüedad (existe agrupamiento de los bienes de producción pero centralización de las decisiones).

Al lado de este movimiento concerniente a los bienes de producción, conviene destacar la importancia de los agrupamientos y de los contratos colectivos. Se puede hablar de un verdadero resurgimiento de los “grupos intermedios”, particularmente de las agrupaciones de profesionales.

c) La desaparición de la distinción del derecho público y del derecho privado se manifiesta en todos los planos aún en los países en donde estaba oficialmente consagrada.

Ya no existe un campo específico para estos dos derechos. La producción de material de guerra, las funciones de administración, son a veces confiadas a personas privadas, otras más están a cargo del Estado, por ejemplo actividades recreativas; no existe un criterio orgánico de separación de los dos derechos. Existen organismos mixtos. Pero no se puede deducir de la naturaleza de un órgano, la naturaleza de su actividad. El criterio del *fin* tampoco es satisfactorio, puesto que empresas o personas privadas pueden tener misiones de interés general y personas públicas tener una ac-

tividad privada. Las técnicas ya no son específicas. La técnica del acuerdo contractual es a menudo utilizada por los poderes públicos en sus relaciones con las personas privadas (economía contractual o concertada). El derecho privado puede permitir la creación de poderes y de relaciones de subordinación.

El derecho económico, uno de cuyos rasgos fundamentales es el ignorar la distinción del derecho público y del derecho privado, es el único susceptible de volver a dar una cierta coherencia a los sistemas jurídicos de los países de economía privada.

2. Las orientaciones del derecho económico

El derecho económico, lo hemos dicho, es esencialmente una “respuesta” a la contradicción provocada por la concentración capitalista entre la existencia de formas jurídicas privadas para actividades de naturaleza materialmente pública. En realidad, varias respuestas son posibles. El derecho económico —rama del sistema jurídico o simple disciplina— es tan neutro ideológicamente como el derecho de familia, a pesar de lo que piensen numerosos juristas demasiado “prudentes” o mal informados. Precisando: ningún derecho es ideológicamente neutro. Queremos simplemente decir que todas las sociedades contemporáneas tienen un derecho económico cualquiera que sea su orientación ideológica y que los juristas especialistas de derecho económico pueden tener opiniones diametralmente opuestas.

El derecho económico abarca tanto las modalidades de intervención del Estado norteamericano en el momento de la política del *New Deal* como la militarización de la economía alemana bajo la dirección de los grandes jefes de industria en la época nazi, y la organización privada de la economía por los *cartels*, los *trusts* o los bancos o su organización pública en los países socialistas.

Nos parece igualmente necesario realizar en primer lugar una serie de aclaraciones de naturaleza esencialmente política antes de considerarlas modalidades de naturaleza técnica.

A. *Las grandes orientaciones políticas del derecho económico.* Existen por lo menos dos grandes tipos de derecho económico, el derecho económico socialista y el derecho económico de los países capitalistas. Pero se llega a sostener muy a menudo que existe una tercera vía —particularmente en derecho económico— aún en países que no forman parte de los llamados países no alineados (como en Francia). Tenemos ciertas dudas en cuanto a la

existencia de una tercera vía (a veces calificada de “economía mixta”) en el plano de las grandes orientaciones políticas del derecho económico. La oposición fundamental nos parece ser la que opone a los países de economía socialista y capitalista.

El derecho económico socialista nos parece caracterizado por el principio de la propiedad pública de los medios de producción y la planificación imperativa de la economía por los poderes públicos. Es importante hacer notar la importancia de los criterios jurídicos: propiedad pública, poderes públicos. Efectivamente, los países de economía privada nos parecen caracterizados por la existencia dominante de la propiedad privada, quizás más que por la naturaleza pública de la planificación imperativa. En periodo de guerra, el dirigismo de los países de economía privada puede parecer el equivalente de una planificación imperativa por los poderes públicos. En la URSS, en el momento de la NEP (nueva política económica) y de la privatización de ciertas empresas, Lenin hace notar que las “alturas estratégicas de la economía” (las grandes empresas, los bancos) permanecen entre las manos del Estado. A nuestro modo de ver, es dudoso que exista una planificación imperativa realmente pública cuando la mayoría de los medios de producción son propiedad de personas privadas.²⁰

Se podría objetar que el criterio de la naturaleza pública o privada de la propiedad o de la planificación es un criterio demasiado formal.²¹ Es lo que hacen particularmente los partidarios de la tesis de la “convergencia” que puede encontrar serios argumentos en el derecho económico.

Es así como Galbraith escribe en su obra *El nuevo Estado industrial*: “la gran firma moderna y el aparato moderno de la planificación socialista son dos variantes que expresan la adaptación a una misma necesidad”, concordando en ello con Lenin que escribía en 1918: “Si existen *trusts*, entonces ya no hay ausencia de plan”. Es posible, efectivamente, que por técnicas diferentes del derecho económico se llegue a un mismo grado de centralización de las decisiones económicas: en el viceministerio de la metalurgia en cierto país socialista, en la sede de tal monopolio o de tal cartel en un país capitalista. Sin duda se trata en los países de economía privada, de una planificación sectorial, pero los bancos privados,

²⁰ También corresponde a los politólogos brindar una respuesta. El aparato estatal puede estar en manos de los poderes privados económicos.

²¹ Sin embargo, fue mencionado por el propio Lenin, poco sospechoso de formalismo. En 1922 escribía: “No reconocemos nada ‘privado’. Para nosotros, todo el campo de la economía lleva el carácter del derecho público y no el del derecho privado...”

con el crecimiento del capitalismo financiero, no tienen los medios de realizar una cierta planificación global?

Finalmente, ¿el incremento de la intervención del Estado en los países de economía capitalista no logra una aproximación con el derecho económico de los países de economía socialista? Si se observa que la mayoría de los países socialistas han registrado desde los años 60 una evolución tendiente a acrecentar los poderes de las empresas a las que se reconocen intereses patrimoniales (papel de la ganancia como estimulante y como indicador de crecimiento), ¿no se puede llegar a la conclusión, en virtud de lo mismo, de un acercamiento de los dos derechos? El derecho económico aparecería como el vínculo privilegiado de la convergencia de los dos sistemas.

Sin embargo, si se analizan los dos sistemas de derecho económico en su conjunto y en sus rasgos fundamentales, las diferencias vencerían a las semejanzas. Se pueden utilizar tanto los términos de capitalista y socialista como los de economía pública y privada (que indican una dominante real) para distinguirlos.

Cualesquiera que sean las posibilidades de acción del Estado en los países capitalistas (a veces lo son inmensas), el principio sigue siendo el de la subsidiariedad de la intervención del Estado en relación con la iniciativa privada. Aún si dicho principio no constituye un obstáculo al ejercicio de un poder económico dominante del Estado en un momento dado (crisis), en un sector determinado (agricultura), en un papel regulador permanente (crédito).

Por otro lado, los países de economía pública no tienen poderes privados económicos, poderes económicos basados en la detentación privada de los bienes de producción, con las consecuencias que de ello resultan para la organización de la economía.

El papel de la ganancia es quizás uno de los puntos decisivos. Puede intervenir en tres niveles: el del individuo, de la unidad económica de producción, o de los poderes superiores. No interviene en el nivel superior en los países socialistas. Si interviene ahora al nivel de las empresas socialistas, es a título subsidiario dentro del marco de la planificación. La existencia de una jurisdicción de excepción de este derecho económico en los países socialistas puede ser justificada por el hecho que los conflictos entre empresas no son, en primer término, conflictos de intereses patrimoniales. Se trata siempre de la gestión de la economía nacional por entero. El término de arbitraje es perfectamente empleado porque los antagonismos, los litigios entre las empresas no

tienen normalmente la intensidad de los conflictos de derechos puramente subjetivos.

Por el contrario, en los países de economía capitalista, son los intereses patrimoniales los que están en juego, ya que el poder económico sigue estando basado en la propiedad privada y el beneficio sigue siendo su motivación. La “publicización” no es sino un correctivo o un marco muy general.

B. Diversidad de las técnicas jurídicas. Es a veces difícil distinguir técnicas jurídicas de técnicas políticas. Existen grandes “orientaciones jurídicas” que tienen un aspecto político, que son el reflejo de ideologías.

... Consideraremos alguna de ellas antes de hacer el inventario de las técnicas que pueden tener lugar en todos los sistemas actuales.

a) *Diversidad de las orientaciones jurídicas.* Todo sistema de derecho económico pone en juego tres categorías de sujetos de derecho: los poderes públicos, las empresas, y las agrupaciones (estas dos últimas categorías pueden ser poderes privados económicos). El papel y la importancia de cada categoría puede variar, así como —por supuesto— sus relaciones.

Nos parece que la URSS ha conocido por lo menos dos modelos de derecho económico. Primeramente, un modelo centralizado. Aunque haya sido reconocida tempranamente una cierta autonomía de las empresas de Estado, esta autonomía ha sido, en el curso de ciertos periodos, una autonomía contable, comparable a la de las sucursales de una firma capitalista. Por razones que eran a veces de puro hecho (temor de las responsabilidades sancionadas con mucho vigor), la vida económica concerniente a la producción era ampliamente regulada por el plan o por medio de circulares. Esquemáticamente, se podría decir que el Estado se asemejaba a una inmensa empresa, desde el punto de vista de la producción. Los contratos eran muy a menudo la sombra de contratos. Ciertos autores podían pensar que la economía soviética dependía de la dialéctica entre el plan y el mercado y que el desarrollo de la planificación central hacía avanzar la economía socialista hacia la economía comunista y “la administración de las cosas”. En 1929, un gran jurista soviético, Stutchka, escribía: “El derecho económico deja de ser derecho, puesto que está compuesto de órdenes venidas de arriba... El derecho civil soviético... debe ser una economía política traducida en párrafos...” Se podía en efecto hablar de la muerte del derecho, de una “economía administrativa”.

El resurgimiento del derecho económico en los países socialistas desde hace aproximadamente veinte años²² se acompaña de un nuevo “modelo”. Las empresas son verdaderos sujetos de derecho, tienen intereses patrimoniales, una iniciativa real. “Las relaciones económicas tienen una unidad: son relaciones patrimoniales asociadas a elementos de organización planificada. Tienen sus métodos propios de reglamentación jurídica: método de subordinación (órdenes obligatorias de una administración a una empresa); método de acuerdo (en las relaciones entre unidades productivas); métodos de control (técnico, financiero, etcétera)” escribe el jurista soviético Laptev.²³ El derecho económico aparece como un derecho mixto en relación al derecho público y al derecho privado. Las orientaciones jurídicas son quizás más numerosas en los países de economía privada.

En cuanto al papel del Estado, es evidentemente más débil en los Estados Unidos que en Francia. El derecho del trabajo se ha construido en los Estados Unidos más por medio de convenios colectivos que por la intervención del Estado. La clase obrera norteamericana, no ganada por la ideología marxista, acepta el “juego contractual” y el sindicato es considerado sobre todo como un “contrapoder”. El derecho económico norteamericano está, sobre todo, caracterizado por el poderío de los poderes privados económicos.

Es verdad que la legislación *antitrust* es la más rigurosa de los países capitalistas. Pero los Estados Unidos han concebido una institución original para evitar el acrecentamiento de los poderes del Estado: la Comisión Antitrust. Dicha comisión está concebida como una especie de árbitro y se quiere que ésta sea independiente del aparato estatal. Así como la jurisdicción administrativa ha sido creada en Francia para mantener la separación del Poder ejecutivo y del Poder judicial y someter al mismo tiempo el Poder ejecutivo a los jueces, de la misma manera se ha querido mantener en los Estados Unidos la separación del poder político y del poder económico, sometiendo al mismo tiempo al poder económico a una especie de control jurisdiccional.²⁴ La comisión es una verdadera jurisdicción de derecho económico que reemplaza en cierta forma la ley del mercado. No existe una intervención directa del aparato estatal.

Al mismo tiempo la intervención del Estado en los Estados Uni-

²² Su resurgimiento oficial.

²³ *Cfr.*, *Op. cit.*, *supra*, nota 3.

²⁴ La observación ya fue hecha por A. Shonfield, en su notable obra *Le capitalisme*

dos se ha visto acompañada de una fragmentación del poder estatal con las comisiones, agencias, oficinas, direcciones. La intervención del Estado se ha manifestado de alguna manera como consecuencia de los fenómenos perturbadores (acciones de los poderes privados) o de las insuficiencias de la ley del mercado. De allí, esta intervención fragmentaria, medida por medida. Este modo de intervención fragmentaria es también una consecuencia de la idea que se hacen los norteamericanos de la administración pública. Está concebida sobre el modelo del sector privado. El pluralismo administrativo, su independencia frente al poder central, la búsqueda de una colaboración con los “sujetos” de la administración, son rasgos que corresponden para un observador francés, a una cierta “privatización” del servicio público.²⁵ Es de observar, a este respecto, como se justifica el rasgo de carácter “mixto” del derecho económico.

En la misma Francia, país capitalista en donde la intervención del Estado es más marcada, ésta ha correspondido a orientaciones muy diferentes. Al intervencionismo social de la Francia radical de la Tercera República y particularmente del Frente Popular han sucedido la intervención dirigista de la guerra, socializante de la Liberación y la economía concertada de la Quinta República.

El derecho económico contemporáneo es en gran medida función de las políticas llevadas a cabo por los poderes públicos. Su enorme movilidad es en mucho el fruto de los cambios en las políticas gubernamentales, como observaba W. Friedmann en una notable obra colectiva de derecho económico comparado,²⁶ lo que hace muy delicada la tarea de la síntesis jurídica. El empirismo en esta materia es muy grande y se tiene la impresión de estar en presencia de economías políticas de transición. El derecho económico está en construcción.

b) Diversidad de las técnicas jurídicas. La mayoría de las técnicas jurídicas tienen su aplicación en los dos sistemas de derecho económico. Esto no significa que haya convergencia. La utilización de una misma técnica dentro de un marco diferente puede llevar a resultados diferentes.

Es así como la nacionalización de los grandes bancos en Francia no ha hecho de ella un instrumento nuevo de la política económica de los poderes públicos. Se puede comprobar que cometen las

d'aujourd'hui. París, N.R.F., 1969.

²⁵ Cfr., los análisis de Shonfield, en op. cit., supra, nota 24.

²⁶ Cfr., *Public and private enterprise in mixed economies*, London, Stevens & Sons, 1974.

mismas infracciones al orden público económico que sus competidores del sector privado (particularmente en materia de liquidación de créditos). Los poderes públicos franceses estiman deseable una privatización del sector público. Si en algunos países socialistas, se observan uniones de empresas de tipo igualitario o jerarquizado —a veces llamadas *Konzerns* y *Kartels*— no resulta de ello necesariamente una identidad de comportamiento con las de los países capitalistas.

Hecha esta precisión, que exigiría desde luego, mayor abundamiento, se pueden distinguir dentro de las técnicas según se trate de una actividad económica directa de producción de bienes o servicios o de una actividad administrativa:

a'. Las actividades económicas directas. El derecho económico ofrece dos grandes modalidades de explotación, además —por supuesto— de la empresa privada: la empresa pública y la sociedad de economías mixta.

Derecho común para los bienes de producción en los países socialistas, la empresa pública es la excepción en los países capitalistas. Sin embargo, es innegable su importancia en algunos países capitalistas, como en los países en vías de desarrollo. Su utilización puede corresponder a objetivos diferentes y las técnicas de organización pueden variar mucho.

Algunas pueden estar muy alejadas del derecho privado. Los “servicios públicos” en Francia están verdaderamente sometidos a un régimen de derecho público. Los hospitales públicos, los ferrocarriles, a pesar de una política de “privatización”, conservan en Francia los aspectos de un servicio público. Obedecen menos a la lógica de la ganancia que a la de las “necesidades” sociales. En cambio, las empresas públicas pueden ser “construidas” sobre un modelo de derecho privado, hasta copiar las formas de las sociedades mercantiles. Existen ejemplos de sociedad *holding* pública.* Sin embargo, son instituciones de derecho económico, porque la gestión del Estado no es nunca una gestión puramente privada.

Las “nacionalizaciones” están, sin embargo, en decadencia desde hace años. Son las sociedades de economía mixta las que se desarrollan en todos los países capitalistas. Esta colaboración del capital público y del capital privado se encuentra también en los Estados Unidos particularmente con la creación de la *Amtrak*, que administra los ferrocarriles, y que es una sociedad privada por su forma jurídica de sociedad mercantil y por la participación de los transportistas privados como accionistas, pero que goza de

* Nota del traductor: Concierto de varias sociedades.

un financiamiento público muy amplio. Las sociedades de economía mixta son igualmente numerosas en los países en vías de desarrollo. Finalmente, algunos países socialistas han admitido la constitución de sociedades comparables con la participación de capitales extranjeros.

Parece que en los países de economía capitalista la utilización de este modo de intervención se explica por dos razones. Por un lado, se trata de actividades que no son suficientemente rentables para la empresa privada y, por la otra, los poderes públicos se consideran incompetentes para ejercer una actividad económica directa. Muy a menudo, en Francia, el financiamiento es fundamentalmente público en tanto que la gestión es privada.²⁷

Sale sobrando subrayar que el desarrollo de esas sociedades mixtas genera el desenvolvimiento de un derecho nuevo.

b' La administración económica. El hecho de haberse encargado los poderes públicos de la economía ha implicado modificaciones en la organización y el funcionamiento del aparato estatal. Y esto en todos los sistemas. Las nuevas misiones del Estado no pueden ser garantizadas como lo eran las del Estado gendarme. Es de notarse, por ejemplo, en los países socialistas, la existencia de un gran número de ministerios especializados en las varias ramas de la economía. En los países capitalistas, se observa una cierta parcelización y especialización de la administración. Especialización y descentralización de las decisiones son, sin duda, objetivos mayores de las organizaciones nuevas que no podremos abordar aquí. Retendremos, sin embargo, dos aspectos importantes de la administración; las "técnicas de mando" (el orden público económico) y las incitaciones y ayudas del Estado (teorizadas en Francia bajo los vocablos de "economía concertada" o "contractual").

α Se puede definir el orden público económico como el conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales relativas a la organización económica, a las relaciones sociales y a la economía interna de los contratos. Comprende pues las disposiciones imperativas del derecho del trabajo y del derecho social; ya habíamos anotado el parentesco entre derecho del trabajo y derecho económico.

El derecho clásico contenía un orden público económico que se resumía esencialmente en la prohibición de las alianzas o coali-

²⁷ Al respecto se han producido algunos escándalos; el asociado privado que celebra a menudo algunos contratos ventajosos con sociedades privadas miembros de su grupo.

ciones. Su contenido se ha desarrollado considerablemente, pero también sus métodos.

En lo que concierne al contenido, se puede distinguir primeramente lo que respecta a la organización económica. Se tratará en primer lugar de la expresión jurídica del orden económico fundamental de una sociedad determinada. Por ejemplo, el principio de la libertad de comercio y de la industria o el principio de la propiedad pública de los bienes de producción. Existe en toda sociedad un orden público económico fundamental, a veces consagrado por la constitución. Pero es menester también comprender dentro de la organización económica todas las disposiciones imperativas de naturaleza económica. Así, las reglas imperativas relativas a la “producción, la repartición, la circulación y el consumo de géneros y mercancías . . . así como a los medios de intercambio”²⁸ El conjunto de las disposiciones de los planes socialistas forma parte evidentemente del orden público económico, pero también de otras reglamentaciones, por ejemplo la de los precios. Y en los países de economía privada, se mencionará particularmente las reglas relativas a la competencia.

La referencia a las relaciones sociales es más equívoca. Se trata, si se quiere, de un orden público social que sobrepasa al campo del derecho económico para comprender al derecho del trabajo y al derecho social. Las relaciones sociales pueden ser definidas como aquellas que poseen una cierta permanencia, un papel económico de los agentes, una cierta naturaleza de ingresos, una comunidad de intereses. Pensamos en las relaciones de trabajo, pero también en las relaciones nacidas del arrendamiento rural, en las cooperativas, en las relaciones entre concedentes y concesionarios exclusivos.

Finalmente, hacemos referencia a “la economía interna del contrato” para ciertas medidas de protección de los contratantes que se asemejan a la protección clásica del consentimiento. Se puede tratar particularmente de medidas que reprimen ciertas lesiones, “de obligaciones de informar” a las contrapartes contractuales, de medidas que tienden a garantizar una cierta estabilidad y una cierta seguridad en el tiempo a las relaciones contractuales.

Como lo sugiere este último campo del orden público económico, ciertas medidas imperativas no parecen en contradicción con el derecho privado. Es menester distinguir un orden público económico neoliberal de un orden público económico dirigista,

²⁸ Cfr., Definición de la infracción económica por la Corte de Casación.. *Chambres réunies* 1/8/1949, J.C.P. 1949. 5033.

correspondientes a las grandes orientaciones jurídicas. Las técnicas del orden público económico neoliberal (poco difundidas en los países socialistas) están en la línea de prolongación del liberalismo. Por medio de las prohibiciones de cláusulas contractuales o de prácticas comerciales (precio impuesto por el fabricante a los distribuidores), se trata de impedir ciertos aspectos del orden privado económico. La creación de obligaciones de informar es bastante notable: se quiere permitirle al contratante defenderse a sí mismo. El orden público económico neoliberal establece en cierta forma un código económico de la competencia, de las prácticas leales, del *savoir contracter*. Sin embargo se sigue teniendo confianza en el “juego contractual” del que simplemente se han modificado las reglas para eliminar a los tramposos y dar mejores oportunidades a aquellos que nunca han tenido suerte o posibilidad.

Cuando los contratos son dirigidos, los juegos están dados de antemano. Así sucede cuando un contrato es reglamentado en sus disposiciones más importantes, como el precio de la prestación. A partir de un cierto grado de reglamentación, se habla en Francia de “estatuto” (derecho del trabajo, legislación especial sobre arrendamientos). Pero los países de economía privada repudian generalmente, salvo el periodo de crisis, dicho dirigismo en los contratos.

No por ello dejan de estar obligados a establecer una cierta apertura “publicista” de las actividades económicas privadas. Daremos algunas ilustraciones sobre este último punto. El derecho francés, como otros, reprime la negativa de venta o de prestación de servicios de todo productor de bienes o servicios. Dicho de otra manera, los empresarios no tienen la posibilidad de negarse a contratar (salvo los casos de motivo legítimo): están en situación de oferta permanente. Tienen por otra parte la prohibición de efectuar prácticas discriminatorias respecto a sus clientes.

No han faltado observaciones sobre el hecho que las empresas privadas estaban así sometidas, contrariamente al principio de la libertad contractual, al principio de derecho público del igual acceso de los ciudadanos al servicio público. Esta reglamentación pública de la oferta se impone y se explica por la naturaleza materialmente pública de los poderes privados económicos. No es bastante el contentarse con impedir los abusos de poder, en cuanto al contenido de los contratos de adhesión, es necesario también impedir la negativa a contratar que podría vedar a los particulares ciertas actividades económicas ejercidas por medio de los “poderes de monopolio”.

La existencia de esas diversas manifestaciones del orden público económico transforma las relaciones económicas. El jurista se encuentra en presencia de relaciones horizontales nacidas del contrato y de relaciones verticales: los mandamientos del orden público económico. El derecho de las nulidades ha tenido que adaptarse a esta doble exigencia. Es necesario añadir que a menudo la regla de orden público económico exige una apreciación de la oportunidad económica.

β. La economía concertada o contractual se ha desarrollado en Francia con la Quinta República, pero nació con la planificación no imperativa. Se ha establecido una colaboración entre los poderes públicos y las empresas o los poderes privados económicos. Por una parte, existe participación de personas privadas en la elaboración de la política económica pública —“concertación”—, por la otra, la realización y la ejecución de esta política económica descansan en mecanismos cuasi contractuales.

Es el segundo aspecto el que jurídicamente es más notable. El plan, del que no queda ya gran cosa hoy en día, es un acto político sin ningún valor jurídico. No representa sino una orientación de política económica. En cambio, las técnicas de aplicación de la política económica exigen análisis jurídicos.

El Estado al haber establecido ciertas orientaciones económicas no utiliza la coacción directa (imposición, órdenes de producción, establecimiento de normas técnicas, etcétera) sino una colaboración cuasi contractual con los poderes privados económicos, las grandes empresas, las organizaciones profesionales, para realizarlo. Recurre a las “incitaciones”. Puede otorgar siete tipos de ventajas económicas que aceptan seguir la política económica adoptada:

- Los mercados del Estado de los que resulta inútil subrayar la importancia en todos los sectores económicos. El Estado puede particularmente favorecer la concentración capitalista otorgando sus mercados a ciertas empresas escogidas. Las empresas que exportan podrán ser igualmente favorecidas.
- Las subvenciones y las primas. Estas son ayudas a fondo perdido; pueden permitir desarrollar un determinado sector económico (la construcción de alojamientos).
- Préstamos y anticipos a las empresas.
- La garantía o la adquisición de acciones por parte del Estado, de las colectividades o las instituciones públicas sobre las operaciones privadas. Es una forma de aproximarse a la sociedad de economía mixta.
- Ventajas fiscales. Es hoy en día el terreno predilecto en donde el Estado francés lleva a cabo las incitaciones mencionadas.

- Las tarifas preferenciales a ciertas empresas o tipos de actividad por parte de las empresas públicas; por ejemplo, la electricidad.
- Las prerrogativas del poder público. Ya en los albores del capitalismo la expropiación pública pudo ser utilizada para realizar proyectos de empresas privadas, como los ferrocarriles. Las servidumbres sobre terrenos privados pueden ser establecidas al servicio de explotaciones privadas (un ejemplo, las estaciones de esquí). Los organismos privados pueden gozar también de ocupaciones temporales del dominio público (instalaciones portuarias, deportivas).

Esas nuevas técnicas exigen algunas observaciones. Se habla de “técnica contractual”.²⁹ Efectivamente, su poder económico puede permitir a ciertas personas privadas tratar con los poderes públicos. En algunos países en vías de desarrollo, el más poderoso es a veces la contraparte o socio privado extranjero ... Si el poder público, liberal, quiere respetar la libertad de los socios económicos, inscrita después de todo en la constitución, debe recurrir a una especie de contrato. El socio privado acepta someter su actividad a la política económica del Estado y éste le otorga una ventaja obtenida de sus prerrogativas de soberano.

Pero ¿qué decir de esas prerrogativas de soberanía que son así objeto de una especie de contrato? El derecho público clásico sale maltratado de la aplicación de esta técnica. ¿Y qué sucede con principios liberales como el de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas? ¿La coacción, por último, está ausente de esta técnica? Es evidente que otorgar una ventaja a una empresa, es vejar a las otras. La máscara de contrato no puede disfrazar un autoritarismo discrecional del Estado contemporáneo.³⁰

Es notable que un partidario de la tesis contractual y de la economía concertada plantee el problema de saber:

si la retracción del reglamento corresponde a una declinación del Estado, de su fuerza, de su autoridad, de su poder de imponer vinculado a la aparición de nuevos centros de decisión: empresas, profesiones, sindicatos que han tomado conciencia de su propia fuerza, han accedido a una relativa igualdad con relación al Estado, y han llegado de hecho a compartir con él el poder económico.³¹

Tanto como de “economía concertada”, se puede hablar de “ad-

²⁹ Cfr., particularmente M. Vasseur, *op. cit.*, supra, nota 9.

³⁰ La tesis de los contratos fiscales ha sido rigurosamente combatida por G. Timsit, “Les contrats fiscaux”, *Dalloz*, 1964, *chron.* p. 115, que habla de fiscalidad “condicional, discrecional y autoritaria”.

³¹ Cfr., Vasseur, M., *op. cit.*, supra, nota 9, quien por otra parte responde negativamente.

ministración mixta”. Esta es susceptible de recibir una gran variedad de aplicaciones.

Los poderes públicos pueden llegar hasta a confiarles prerrogativas de soberanía a las personas privadas. Dicho procedimiento, que ha sido ampliamente utilizado en cierto número de países totalitarios (el neocorporatismo), sigue conociendo algunas aplicaciones.

Es natural que la participación de las unidades de producción en la elaboración y en la aplicación de la política económica sea una necesidad. En los países socialistas, las empresas son consultadas en el momento de la elaboración del plan. Ciertas tareas de administración económica son confiadas a uniones de empresas.

III. PERSPECTIVAS

La dificultad de elaborar un balance del derecho económico positivo recomienda prudencia al observador cuando se trata de perfilar sus perspectivas. Nos contentaremos con dar algunas directrices de ciertas investigaciones. La extensión del campo del derecho económico nos parece inevitable. Sin embargo, la experiencia pone en evidencia obstáculos y problemas de los que dudamos se pueda dar una solución o puedan ser superados en breve plazo.

1. La extensión del campo del derecho económico

Los procesos que le dan origen, a saber, la concentración capitalista y la intervención del Estado nos parece que derivan de un determinismo económico y social. Sin caer en la “trampa ideológica” del “economicismo”, —que ha asolado nuestra materia— esos dos procesos crean situaciones objetivas, materiales, que favorecen —por lo menos— la creación de estructuras jurídicas de derecho económico. Mencionaremos algunos signos que permiten creer en una generalización del derecho económico para considerar, después, un caso preciso, el del medio ambiente.

A. *¿Una generalización del derecho económico?* El desarrollo de la concentración multiplica los contratos de adhesión, situación de derecho privado económico que determina y provoca la intervención del Estado. Una de las razones dadas por la doctrina clásica para no retener el contrato de adhesión como una categoría jurídica es que la desigualdad económica o la ausencia de discusión

de las cláusulas del contrato puede encontrarse en todos los tipos de contrato. Es un poco la situación a la que se llega. El resultado es el desarrollo previsible del *derecho del consumo*. Los remedios del derecho civil son demasiado individualistas para impedir en este campo los abusos de poder. Muy a menudo el objeto del litigio es demasiado débil para justificar un proceso. A una difusión masiva de productos estandarizados corresponden necesariamente remedios o correctivos colectivos. De allí el desarrollo de un derecho penal del consumo. El número de afectaciones a los intereses particulares transforman a estos en interés general. Las “agresiones” (ventas “agresivas”), cuyas víctimas son los consumidores, la utilización intensiva de parte de los poderes privados económicos de los medios de información que permiten la “manipulación” de los consumidores (publicidad engañosa), particularmente hacen que a menudo no sean ya los consumidores los que decidan lo que van a consumir, sino los productores, como lo observa Galbraith. El desarrollo de las asociaciones de consumidores es un signo del futuro desarrollo de la intervención de los poderes públicos.

Es bastante notable ver desbordar al derecho económico así, en los países de economía privada, el campo de la producción. Si se observa que en otro campo, el de la empresa, los problemas de gestión mezclan a la vez al derecho del trabajo con el derecho económico, no se puede dejar de destacar una especie de “imperialismo” del derecho económico.

En lo que concierne en todo caso a su campo propio, el de la producción, el estudio comparativo muestra que no se trata de un accidente dentro de la evolución de las sociedades. Se ignora y se subestima, la mayor parte de las veces, la importancia de las estructuras de derecho económico en los Estados Unidos. Ahora bien, independientemente de la importancia de los poderes privados económicos, la intervención del Estado en la economía —si se toma en cuenta todas sus modalidades, si no se limita, como a menudo, a las instancias federales—, esta intervención es sin duda casi tan sensible, económicamente, como en los demás países desarrollados. Haciendo el balance de la “economía mixta” en los Estados Unidos dos autores norteamericanos³² observan que puede constituir una “agradable sorpresa” para aquellos que creen en el mito según el cual los Estados Unidos son un país de empresas estrictamente privadas. Según estos autores, la economía norteamericana es “una economía en la que los sectores públicos y privados

³² Cfr., Miller y Ferrara, autores de la comunicación sobre los Estados Unidos en op. cit., supra, nota 26.

coexisten en una situación de equilibrio inestable”. Como lo observaba igualmente W. Friedmann,³³ el sistema de la economía privada ha dejado desde hace mucho tiempo de existir para ser reemplazado por un sistema de economía mixta (al lado, por supuesto, del sistema de la economía socialista), sistema en el que la economía no estaría dominada por el Estado, pero que tampoco está ya constituido por un sistema de empresas privadas competitivas totalmente incontroladas. Una de las razones por las que no creemos en la existencia de una “tercera vía” entre el capitalismo y el socialismo, es que la vía capitalista “pura” parece haber desaparecido. La mayor parte de los marxistas califican el sistema actual de “capitalismo monopolista de Estado”.

Ahora bien, nos parece que de todos los países de economía privada, los Estados Unidos, en razón de su poderío económico internacional, es el que tiene posición más ventajosa respecto a los mercados internacionales. La existencia de “nuevas fronteras” económicas ha podido permitir resolver provisionalmente las contradicciones que han hecho nacer para otros países lo exiguo de los mercados o la debilidad relativa de las empresas, sin necesidad del intervencionismo del Estado. Si las leyes *antitrust* son tan rigurosas en los Estados Unidos y si constituyen el aspecto más importante del derecho económico, es que los imperios industriales y comerciales se han desarrollado, con las multinacionales, fuera de las fronteras de los Estados. El principio de subsidiaridad de la intervención del Estado con relación al mercado —en este caso del mercado internacional— podría explicar un papel económico más débil de los poderes públicos en los Estados Unidos.

Es de explicarse, en cambio, la importancia de la intervención del Estado en los países económicamente más desfavorecidos. Existe allí una coincidencia completa entre el derecho económico y el “derecho del desarrollo”. Aun los países partidarios del “modelo” de la economía privada se ven forzados a hacer “capitalismo de Estado” como lo hacía notar recientemente el presidente de la Costa de Marfil, en razón de la insuficiencia de los capitales privados. Si se recurre a las sociedades extranjeras, son otros instrumentos del derecho económico los que se ponen en juego: control de las inversiones extranjeras, acuerdos y convenios celebrados entre los poderes públicos y las sociedades o empresas extranjeras.

Es verdad que se podría objetar que ciertos países en vías de desarrollo han adoptado modelos puramente privados de desen-

³³ *Cfr.*, *Idem.*

volvimiento. En realidad, aunque la escuela económica norteamericana de los liberales radicales no haya dudado en brindar su concurso a una de estas “experiencias” de “capitalismo salvaje”, se puede poner en duda el carácter liberal y nacional de esas experiencias. ¡La economía no es libre, tampoco, cuando los sindicalistas están en prisión!

Pero lo que podría quizás cambiar mucho los términos del problema en los próximos años es el desarrollo de un derecho económico internacional. Es indiscutible que las crisis económicas han tenido una influencia considerable sobre el desarrollo del derecho económico en los países de economía privada. La crisis, particularmente monetaria, en la que se debate la economía internacional (que no deja de tener incidencias en la economía de algunos países socialistas) promete, así lo creemos, un bello porvenir al derecho económico. Es inútil subrayar la claridad con la que se coloca dentro de la perspectiva de la reivindicación de los países en vías de desarrollo (o de subdesarrollo para algunos) por un nuevo orden económico internacional.

B. *El derecho del medio ambiente*. Las contaminaciones y el ruido ambiental, por su importancia hacen necesario un análisis derivado de la disciplina del derecho económico porque esos fenómenos ponen en juego lo jurídico, lo económico y lo político; las soluciones, igualmente, dependen necesariamente —al menos de una manera parcial— de la rama del derecho económico.

Es un campo en el que se observa “una revuelta de los hechos contra el derecho”. Así, en Francia, el aire y el agua están colocados dentro de la categoría de *res communes*, es decir, cosas que no pueden ser objeto de ningún derecho privativo. Se pueden dar tres razones históricas a esta calificación. Son bienes que no son producidos por el hombre y que se renuevan en forma natural; son indispensables a la vida; pueden ser objeto de consumo colectivo. Los economistas los colocan dentro de la categoría de “bienes colectivos”: “su consumo por un agente no es exclusivo de su consumo por otro”.³⁴ Los hechos en bruto cuestionan esta calificación: “el aumento de la población, el desenvolvimiento de las técnicas, la utilización siempre creciente de los recursos naturales, la búsqueda del crecimiento . . . han modificado profundamente el papel y el lugar de los bienes del medio ambiente en las relaciones humanas”.³⁵ Con mayor precisión, la utilización de esos bienes,

³⁴ Cfr., Prud'home, R., “Note sur la gestion de l'environnement”, en *Analyse et prévision*, 1972, t. xiv, p. 1225; Wolfelsperger, *Les biens collectifs*, París, P.U.F., 1969.

³⁵ Cfr., Martin, Gilles, *De la responsabilité pour faits de pollution au droit à*

particularmente en la industria “se convierte cada vez más en exclusiva de su consumo por otro agente . . . Al utilizar el aire o el agua de tal manera que ningún otro pueda hacerlo al mismo tiempo, los contaminadores no se contentan solamente con usar de los bienes del medio ambiente, sino que disponen de ellos”.³⁶ Estamos, en realidad, en presencia de “ocupaciones salvajes” de dichos bienes. En lo que concierne al ruido causado a terceros por el vuelo de las aeronaves, el derecho norteamericano considera que existe expropiación (*taking of property*) desde el momento que el vuelo se efectúa a una altura tan baja y de una manera tan regular que constituye un obstáculo mayor al goce del suelo y a su utilización.³⁷ Todo un pueblo, una ciudad, una región pueden convertirse parcial o totalmente en malsanos. Y sin embargo, las técnicas del derecho clásico demuestran estar inadaptadas a la reparación de tan considerables perjuicios.

La responsabilidad civil basada en la falta no puede adaptarse: la mayoría de las veces, no puede demostrarse ninguna falta cometida por los contaminadores, los que han obtenido particularmente las autorizaciones administrativas necesarias. Para que el ruido cese, sería necesario hacer cesar actividades económicas útiles. La jurisprudencia francesa ha creado una responsabilidad sin falta por “perturbación anormal del vecindario”. Existe perturbación anormal cuando un titular de derechos está impedido de ejercerlos por el contaminador. Este ha, en cierto modo, “dispuesto” del bien del medio ambiente. Pero la sanción conduce a una indemnización de la víctima, que recibe como una especie de indemnización por expropiación, sin que la molestia cese.

La práctica, por su parte, ha utilizado la “cláusula de habitación burguesa” que permite garantizar la tranquilidad de un departamento, de un inmueble, de un conjunto residencial al prohibir el desarrollo de actividades ruidosas, insalubres o peligrosas. Esta técnica contractual creadora de obligaciones o de servidumbres está eficazmente sancionada por la jurisprudencia que no duda en ordenar la cesación de la actividad contaminante o la demolición de una construcción contraria a la cláusula. Sin embargo, los beneficiarios de la cláusula estarán bien protegidos contra los vecinos

l'environnement. Se trata de una tesis que fue defendida en la Facultad de Derecho de Niza a principios de octubre de 1976. Nos inspiramos en ese excelente trabajo para estos apuntamientos.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Cfr.*, Pourcelet, N., “La navigation aérienne et le bruit”, en *Revue Gén. Air et Espace*, 1968, p. 149.

inmediatos pero las contaminaciones más perjudiciales ignoran las ínsulas protegidas. Cuando la protección contra ciertas contaminaciones sólo puede ser eficaz a condición de ser internacional, no puede ser un asunto puramente privado de simples relaciones entre particulares.

¿Derivan esos problemas, por el contrario, del derecho público? ¿Basta con desarrollar una reglamentación administrativa de las actividades contaminantes? Todavía no se puede demostrar nada en ningún sentido. Esta vía sería en todo caso singular en los países de economía privada. Si se quiere respetar los principios fundamentales surgidos de las revoluciones liberales, sería menester partir como lo sugiere Gilles Martin³⁸ de los derechos subjetivos, “derechos reputados inviolables, tales como el derecho de propiedad o los derechos de la personalidad”. El derecho al medio ambiente es a la vez el derecho de todos a gozar de un ambiente sano “y el derecho a poder disponer de su propio ambiente”. Los conflictos entre contaminantes o contaminadores y contaminados deberían primeramente aparecer en los países de economía privada como conflictos tradicionales de derecho privado.

¿Es entonces insoluble la contradicción? Las soluciones exigen necesariamente recurrir al derecho económico, derecho que se esfuerza por realizar la síntesis entre los intereses patrimoniales (y aun no patrimoniales en la materia) y las necesidades de un aprovechamiento y control global y de interés general del medio ambiente.

De la misma manera, la materia puede ser el lugar para estructurar una colaboración entre poderes públicos y personas privadas. Casi no vale la pena subrayar la importancia tomada por las asociaciones de defensa del medio ambiente. En los países en los que no cabe duda que una de las razones del éxito de la protección del ambiente (Gran Bretaña) reside en la participación activa de los interesados agrupados en asociaciones, las administraciones del medio ambiente se apoyan mucho en dichas asociaciones.³⁹ Estas juegan en materia de ecología el papel que desempeñan los sindicatos en materia de derecho laboral.

En Francia se ha venido aplicando la “economía contractual” y los contratos por rama han sido celebrados entre los poderes públicos y los representantes de ciertas ramas profesionales responsables de poluciones graves. En contrapartida a los esfuerzos efectua-

³⁸ Cfr., op. cit., supra, nota 35.

³⁹ Pontavice, E. du, “Pollutions et nuisances industrielles en droit comparé occidental”, en *Annuaire de droit maritime et aérien*, París, Pédone, 1974, pp. 46 y ss.

dos por las empresas contaminantes para alcanzar ciertos objetivos de depuración, el Estado les otorga ayuda o ventajas fiscales.⁴⁰ Es aceptable la aplicación del adagio “quien depura recibe” si es subsidiario correlativo al principio de “quien contamina paga”. Pero sobre todo, el derecho económico debería permitir la elaboración de una jerarquía armoniosa de estructuras jurídicas e iría de estructuras puramente privadas (la eliminación, la disminución o la repartición de ciertas contaminaciones y ruidos ambientales puede ser dejada a la iniciativa privada de los interesados) a estructuras públicas (aquellas particularmente de un orden público ecológico), pasando por estructuras mixtas de colaboración.

2. Los obstáculos y los problemas del derecho económico

Aun en los países socialistas en los que el derecho económico descansa sobre principios coherentes, nueva organización económica y nueva ideología, se ha desarrollado con muchas dificultades durante estos cincuenta años.

Fue considerado como herético durante más de veinte años. Los autores socialistas que lo redescubrieron—en la República Democrática Alemana, a finales de los años cincuenta, tuvieron que hacer primeramente su autocrítica. Solamente Checoslovaquia y en una cierta medida la República Democrática Alemana establecieron un Código Económico. En el curso de estos últimos veinte años, la progresión del derecho económico positivo ha sido muy empírica. Algunas instituciones han sido abandonadas poco tiempo después de su creación. Se recurre con cierta facilidad a la experimentación: antes de generalizar una reforma, se lleva a cabo una aplicación limitada de ésta (como sucedió en el caso de la reforma de la empresa).

Este último aspecto del derecho económico socialista nos parece muy positivo. Pero muestra una transformación de la concepción del derecho. La necesaria dogmática jurídica debe hoy en día acompañarse de una utilización —aun en la aplicación del derecho— de los métodos de las ciencias humanas. Lo que es una revolución en las ideologías jurídicas.

La utilización de los métodos de las ciencias humanas, y particularmente de la enseñanza de la economía política, es igualmente reconocida en los países de economía privada. Pero, evidentemente

⁴⁰ Birbes, X., *L'incitation publique à l'investissement de lutte contre la pollution industrielle des eaux* (Tesis de Montpellier), 1975; Martin, G., op. cit., supra, nota 35.

te, la construcción del derecho económico se efectúa “golpe a golpe”, sin aparición de nuevos principios. “La economía concertada” y la “economía mixta” constituyen tentativas teóricas de sintetizar los métodos de acción y no nuevos principios fundamentales.

Si existen problemas no resueltos del derecho económico, las dificultades esenciales vienen del exterior: del juego de las ideologías y de las fuerzas sociales. No es solamente la suerte del derecho económico lo que está en juego, sino la suerte de todo el derecho. En esta circunstancia, los juristas tienen su responsabilidad. En los obstáculos y los problemas del derecho económico, es necesario considerar la parte verdadera que le corresponde al derecho económico, la parte que le corresponde a las cosas —las ideologías y las fuerzas sociales—, la parte que le corresponde al derecho y a los juristas.

A. La parte del derecho económico. En el estado actual de su desarrollo, el derecho económico presenta a menudo características negativas. Vamos a mencionar tres de ellas, frecuentemente mencionadas: su autoritarismo, su oportunismo, su gran variabilidad.

El autoritarismo del derecho económico es necesariamente denunciado en los países de economía privada. Observemos que a menudo es sin razón: el surgimiento de un orden público económico de protección a los “adherentes” de los contratos de adhesión (los asalariados, los ahorradores, los locatarios, los consumidores, etcétera) restringen la libertad de los poderes privados económicos pero aumenta la libertad concreta de la mayoría.

El verdadero problema del autoritarismo es más bien relativo a las modalidades de intervención. Es muy posible que los poderes públicos se esfuercen por evitar, en vista de las lecciones del pasado, un autoritarismo demasiado centralizado. Además, es cierto que un empleo abundante del derecho penal económico es un signo de crisis. Su desarrollo no es por ello menos notable, sobre todo en los países de economía privada, aun aparte de las crisis agudas (la economía de penuria debida a las guerras). Se pueden evocar particularmente las infracciones relativas a los intercambios con el exterior, a la fiscalidad, a la protección de los consumidores o del medio ambiente. Las relaciones cada vez más estrechas entre el aparato estatal y las empresas provocan un desarrollo considerable de la concusión. El fenómeno es endémico en algunos países del Tercer Mundo que practican una política de austeridad en la retribución de los funcionarios en tanto que se amasan fortunas

e inversiones privadas considerables. En los países desarrollados que tienen sin embargo una larga tradición de administración, la concusión ha dejado de ser marginal. En cuanto a las infracciones relativas a la competencia, el problema se plantea como un problema de eficacia de la represión. En cuanto al importante sector del derecho penal de los negocios, muchas infracciones conciernen al derecho económico porque forman parte de la legislación protectora contra los detentadores del poder económico, particularmente en el derecho societario.

El más grave problema que plantea la utilización del derecho penal económico resulta del carácter oportunista que presenta.

Lo que nosotros llamamos el oportunismo del derecho económico corresponde a una cierta “desjuridización” del derecho, tanto en lo que concierne a la utilización de normas realmente jurídicas como a procedimientos verdaderos (el recurso al juez). Los observadores unánimemente destacan el hecho de que en las materias propias al derecho económico se manifiesta una declinación del derecho en provecho de poderes discrecionales de la administración, a menudo justificada por pretendidas necesidades vinculadas a la naturaleza económica de los controles. Se ha podido poner en relieve la insuficiencia de los controles judiciales tanto en el derecho francés como en el *Common Law*.⁴¹

El hecho de que tan a menudo se recurra a criterios económicos que no tienen los rasgos de las reglas jurídicas puede explicarse por la naturaleza transitoria del derecho económico contemporáneo.

La variabilidad del derecho económico también tiene su importancia en el aspecto que acabamos de observar. Se la ha achacado igualmente a la naturaleza económica del nuevo derecho. Dicha variabilidad sería la consecuencia de la movilidad de la coyuntura económica. En realidad, parece sobre todo debida a las modificaciones en las políticas seguidas por los poderes públicos. La esencia misma del derecho económico es la de organizar a los agentes de la producción y disciplinar sus comportamientos. Implica la existencia de elementos estables, de directivas precisas (la planificación). Ahora bien, la movilidad aparece en la determinación de los marcos más generales o las grandes opciones de la política económica. Es en muy buena medida también el fruto de la lucha de las fuerzas sociales que a menudo tienen intereses opuestos en cuanto a las soluciones del derecho económico.

B. La parte de las cosas. Como lo hemos dicho, la concentración

⁴¹ Cfr., particularmente Friedmann, W., op. cit., supra, nota 26.

o la intervención del Estado llevan a menudo a situaciones materiales que exigían ciertas estructuras de derecho económico. Pero éstas dependen en definitiva del juego de las fuerzas sociales y de las ideologías. Para que las contradicciones entre el hecho y el derecho se “superen”, es necesario que los hombres se hagan cargo de ello.

El desenvolvimiento del derecho económico internacional supone una acción política de los Estados involucrados. Ahora bien, como se le ve en el desarrollo de las conferencias internacionales, si los Estados desfavorecidos en los mercados, blanco de los poderes privados económicos, desean la elaboración de un orden público económico internacional, ciertos Estados muy desarrollados desean —con algunas excepciones— el mantenimiento de la “ley del mercado” que se asemeja mucho a una ley de la jungla. Pero será difícil seguramente oponerse a la elaboración de una especie de legislación *antitrust* a escala internacional. Sin duda esta vía de la elaboración de un orden público es la más difícil para el derecho internacional económico. Lo que es más factible, es el desenvolvimiento de asociaciones de países, como los países productores de petróleo o materias primas, a fin de elaborar una especie de “convenciones colectivas económicas” que servirán de marco a los intercambios.

C. La parte del derecho y de los juristas. La materia, el campo del derecho económico no deriva necesariamente del derecho. La planificación no es en sí una operación jurídica, como tampoco lo es el mercado. Todas las empresas privadas de una cierta importancia planifican su actividad económica. En la medida en que esta planificación no concierne sino a una sola persona jurídica, no hay acto jurídico. La concentración capitalista que lleva “a la posesión y al control de masas cada vez más grandes de capitales y de poderío económico por una cantidad cada vez más reducida de personas físicas o morales” implica naturalmente una reducción de los litigios jurídicos. En la medida en que una sola empresa absorbe o ejerce su poder sobre varios centenares de empresas cesa el combate jurídico por falta de actores. Es por medio de circulares privadas como son gobernadas las sucursales o los diferentes establecimientos. Aún más, el mantenimiento de personas jurídicas autónomas no se acompaña necesariamente de un mantenimiento de relaciones jurídicas reales. Es evidente en el caso de las filiales: están sometidas éstas a la voluntad de las sociedades matrices. Pero la simple participación con acciones o aun los poderes de hecho que pueden tener ciertas empresas sobre otras (cadenas de distri-

bución o subcontratistas) pueden vaciar de buena parte de su contenido a la personalidad jurídica.

Este fenómeno de la reducción del campo del derecho puede producirse en una economía socialista. Tenemos la ilustración de ello en la historia de la Unión Soviética hasta las reformas de los años sesenta.

La tentación puede ser grande para los poderes públicos de “hacer a un lado al derecho” y dotarse de poderes discrecionales. La moda considerable de la economía política y de las ciencias de la administración favorece esta tendencia. El derecho ocupaba indiscutiblemente el primer lugar en la ideología dominante de las sociedades burguesas y liberales clásicas. Se podía hablar de un humanismo jurídico. Es ahora la economía política —las necesidades de la economía, de la administración, de la gestión— las que se colocan en primer plano. El “economicismo” se desarrolla en los países de economía privada mientras que duras experiencias han enseñado a la mayoría de los países socialistas la importancia del derecho y su relativa autonomía. Uno de los intereses del desenvolvimiento del derecho económico —en tanto que disciplina— es permitir la consideración del derecho y de los derechos dentro de las estructuras de organización de las sociedades contemporáneas. Si es verdad que los juristas pueden verse tentados a considerarse como los escribanos de los economistas, el mayor peligro proviene, sin embargo —a nuestro parecer—, de una especie de integrismo jurídico que se presenta particularmente en derecho privado. Si los juristas no se ocupan del derecho económico, otros arreglarán los problemas sin el recurso al derecho, relegado por los especialistas de la gestión al rango de “trabas” que encuentran aquellos que toman las decisiones.

Traducción: Héctor CUADRA.