

# LA LIBERTAD Y EL ORDEN EN EL DERECHO ECONOMICO

POR DARIO MUNERA ARANGO

-PROFESOR DE ECONOMIA GENERAL-

1)—Un célebre jurista contemporáneo, el italiano BONFANTE, escribió en su testamento doctrinal que el Derecho europeo ha tratado siempre de armonizar dos principios: la libertad y el orden.

La observación de Bonfante es de validez universal para el mundo del Derecho. En el escudo de nuestra patria —que se ha distinguido siempre por su espíritu de fidelidad al Derecho— esas dos palabras aparecen copuladas, como símbolo de lo que ocurre en nuestras instituciones. Los dos conceptos lucharon durante el siglo pasado en el campo de nuestro Derecho público, y su lucha no fue meramente ideológica sino que ensangrentó el suelo colombiano. Hasta que, al fin, la carta fundamental recogió el resultado fecundo, que son las instituciones políticas que hoy nos rigen.

## LA NOCION DE ORDEN PUBLICO EN EL DERECHO PRIVADO

2)—En el Derecho privado, los principios de libertad y orden se han contrapuesto bajo los conceptos de autonomía de la voluntad y orden público.

La expresión "*orden público*", a nuestro modo de ver, es criticable porque todo orden jurídico, todo Derecho ha de ser necesariamente público en el sentido de proceder del Estado. La expresión de este modo resultaría redundante.

Por qué entonces hablar de "*orden público*" en el Derecho privado? Esta expresión parece proceder de aquella época en que estaban claramente delimitadas dos esferas de acción, dos mundos diferentes y contrapuestos: el Derecho público y el Derecho privado. Este último era el ámbito de la libertad, regido por el principio de la auto-

mía de la voluntad. Las únicas limitaciones a esa libertad tenían que venir del orden público, del Derecho público, —PORTALIS asimila orden público y Derecho público— ya que el Derecho privado estaba llamado a consagrar y a asegurar esa libertad, no a restringirla.

Pero, viéndolo bien, el orden que se observa en el Derecho privado de público sólo tiene, como dijimos ya, la procedencia del Estado que lo dicta. Pero no es Derecho público, pues éste se refiere a la organización del Estado y a las relaciones entre él y otros Estados, o con los súbditos. Pero nada más ajeno al Derecho público que esas disposiciones de orden que operan en Derecho privado.

Pero se dirá: son de orden público aquellas disposiciones de trascendencia general, cuya observancia *interesa al orden público*. A lo que se puede contestar: hay alguna disposición legal que no interese al orden público?— Desde el momento en que las dicta el legislador aparece su trascendencia social. No cabe por este aspecto discriminación alguna entre las disposiciones legales.

Por estas razones creemos mejor hablar simplemente de “orden”, a secas, sin el aditamento de *público* que nada consigue agregarle y que puede introducir confusión. Por algo el autor de nuestro Código Civil, gran jurista y conocedor como ninguno del significado de las palabras que emplea, usa sencillamente el concepto de “orden” (1).

Cómo distinguir las *normas de libertad*, de las de *orden*, en Derecho privado?

El artículo 4º de nuestro Código Civil dice “... el carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir y castigar”.

Sin tener en cuenta este último verbo que se refiere a las sanciones, pueden clasificarse las leyes en dos grupos: *permissivas* e *imperativas* (mandato y prohibición que es un mandato negativo). Las leyes permissivas corresponden al concepto de libertad y las imperativas al de orden.

Veamos primero estas últimas: las disposiciones del Código Civil que establecen las legítimas son impera-

(1). Art. 16.—“No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el **orden** y las buenas costumbres”. Y la Corte Suprema de Justicia ha dicho: “En esta fórmula (leyes de orden público) no es al calificativo **público** al que hay que poner mayor atención, sino al sustantivo orden”. Sent. de 28 de abril de 1937.

tivas, de orden. Se traducen en un mandato al de cujus para respetar las cuotas forzosas asignadas a los legítimos. Son normas obligatorias, de forzado cumplimiento, rígidas; constituyen un dique contra el cual la voluntad se estrella.

En cuanto a las normas permisivas —v. gr. las que corresponden al principio de la autonomía contractual— son de libertad. Establecen libertades, es decir, facultades para determinarse, para hacer o no hacer. Y si nada hace la persona, o deja algo por hacer, si no ejerce la libertad que se le otorga, qué sucede?

Entonces viene un nuevo sentido del *orden*, aparece un *orden supletivo* a llenar los vacíos de la voluntad, a interpretar el querer probable del individuo. Casi todas las disposiciones del Libro IV del Código Civil corresponden a un orden supletorio de la voluntad del contratante cuando ésta no se ha manifestado para cubrir la integridad de los detalles del contrato.

Hay, pues, en el Derecho privado *dos clases de orden*: a) Un *orden imperativo* —llamado público por los civilistas— y b) Un *orden supletivo*, que corresponde más bien a la idea de libertad, pues entra a regir cuando ésta no se ha ejercido.

Asímismo, en cuanto al concepto de *libertad* dos sentidos diferentes podemos distinguir: en el primero de ellos la idea de libertad corresponde a la de *facultad o poder* de la voluntad para determinarse en una de las varias direcciones que se le ofrecen como posibles: el vendedor y el comprador pueden determinar el pago de contado o a plazos.

Pero hay otro sentido en que la libertad no es libre —pudiéramos decir aunque parezca paradoja— sino obligatoria, imperativa. Ejemplos: “No habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación ni obligaciones irredimibles”, dice la Constitución. La libertad de enajenación de bienes raíces y de redención de obligaciones es imperativa, es de orden. El artículo 1950 del Código Civil dice: “Si se estipulare que no podrá intentarse la acción rescisoria por lesión enorme, no valdrá la estipulación...”. La libertad de intentar esta acción es igualmente imperativa. En este último sentido la idea de libertad equivale a la de orden. La libertad es de orden público, dirían los civilistas.

Tales son los modos de entrecruzarse estas dos ideas cardinales en el Derecho privado. Cuatro resultados o combinaciones hemos visto:

- 1º ORDEN IMPERATIVO (Orden público)
- 2º ORDEN SUPLETIVO
- 3º LIBERTAD FACULTATIVA
- 4º LIBERTAD IMPERATIVA (Orden público).

En alguna de estas posiciones han de colocarse las normas del Derecho privado.

### 3—EL ORDEN ECONOMICO

Son también civilistas los que han hablado de "*orden público económico*" para designar aquellas normas del Derecho económico que vienen a insertarse en el mundo de la autonomía de la voluntad, para recortarla, para anularla en algunas ocasiones.

El jurista francés Georges RIPERT es uno de los primeros en hablar de este "*orden público económico*" (2).

Dice RIPERT: "En el dominio de las relaciones económicas no hay, en el momento de promulgarse el Código Civil, otra organización que la que se forma libremente por las convenciones privadas. Si el Código Penal prohíbe las coaliciones (art. 412) es para hacer respetar mejor la libertad. Cuando el legislador se decide a imponer una prohibición de contratar, por razones en apariencia económicas, por ejemplo la prohibición de la lesión en las ventas inmuebles, de la usura en el préstamo, es más bien una regla moral la que inspira la prohibición que una preocupación de orden económico. Aun los juristas clásicos no comprenden bien la regla. Ellos la aceptan porque es impuesta por la experiencia, pero no olvidan señalar su carácter excepcional. Los cambios de riqueza o de servicios pueden ser contrarios a la moral; no se concibe cómo pueden ser contrarios al orden público, puesto que la ley ha dejado a los hombres la libertad de comerciar.

"Si se admite, por el contrario, que hay, impuesto por el Estado, un cierto orden económico que los particulares no tienen el derecho de derogar por sus convenciones, el art. 6º tomará un

---

(2). También DEMOGUE habla de "*orden público económico*" en sus conferencias en la Sorbona en 1935.

sentido nuevo. El orden establecido por el Estado para la producción, el cambio, la distribución de las riquezas será, claro está, de naturaleza económica, pero será sinembargo un *orden público*; tendrá necesariamente el carácter de obligatorio y, por vía de consecuencia, serán nulas las convenciones que intenten afectarlo. No se trata ya de la primacía de lo político sobre lo económico; se trata de distinguir, en las relaciones económicas entre los hombres aquellas que son queridas, impuestas por el Estado y las que pueden ser libremente establecidas por los particulares. Hay, en adelante, al lado de la organización política del Estado, una organización económica tan obligatoria como aquella. *Existe, por consiguiente, un orden público económico*" (3) Subrayamos.

En resumen, RIPERT percibe sagazmente el advenimiento de una organización económica, de un Derecho económico. Pero lo hace con criterio de civilista y, por tanto, encaja estas nuevas instituciones dentro del concepto de "orden público" que ha venido operando en el Derecho privado. Así dice: "El orden establecido por el Estado para la producción, el cambio, la distribución de las riquezas —Ripert tiene ante sí los decretos de Laval sobre control de precios, etc.— será, claro está, de naturaleza económica, pero será sinembargo un orden público; tendrá necesariamente el carácter de obligatorio y, por vía de consecuencia, serán nulas las convenciones que intenten afectarlo". Orden público, igual a orden obligatorio, este es el criterio que ya hemos criticado para el Derecho privado.

Ripert no parte de la existencia de un Derecho económico, sino de la consideración de que las instituciones jurídico-económicas vienen a modificar el Derecho privado como reglas de orden público. Entrevé un mundo nuevo, pero no logra penetrar en él; simplemente lo observa desde su posición de civilista.

Pero hemos visto que el derecho económico es un dominio autónomo, aunque procede del Derecho privado y del Derecho público y no haya logrado en muchos aspectos desprenderse todavía de ellos por completo. Por qué

(3). Georges RIPERT—"Le Régime démocratique et le Droit Civil Moderne"—Nº 140.

considerar entonces sus instituciones como de orden público?

Pero hemos visto que el Derecho económico es un dominio autónomo, aunque procede del Derecho privado y del Derecho público y no haya logrado en muchos aspectos desprenderse todavía de ellos por completo. Por qué considerar entonces sus instituciones como de orden público?

El Derecho económico no es Derecho público —ya se quisieran esto los colectivistas— porque no contempla las relaciones jurídicas del Estado. Es verdad que regula lo que se ha llamado “intervencionismo de Estado” pero, como ya hemos observado, este intervencionismo se ha venido emancipando del Derecho público, en su mayor parte se ejerce hoy mediante organismos descentralizados del Estado. Además está presidido no por la consideración de los intereses del Estado (v.gr. interés fiscal) sino por la de los intereses de la economía nacional, que no son públicos sino, más bien, sociales.

Pero tampoco es Derecho privado, porque ya no contempla las relaciones entre particulares aislados, sino las relaciones entre éstos y la sociedad (no el Estado). Además no está penetrado únicamente por la consideración del interés particular sino también por los intereses económicos de la sociedad.

Es un Derecho más bien “social” porque es expresión de una justicia que trata de dar lo que es suyo (*sum cuique tribuere*) al individuo y a la sociedad. De aquí que en él se plantee una lucha entre la libertad individual y el orden económico social.

#### 4—EL SIGNO DEL DERECHO ECONOMICO

Las leyes que menciona RIPERT como de orden público son expresiones de este orden económico, del Derecho económico. Al revés de lo que ocurre en el Derecho privado, en el cual los dos principios de libertad y orden ya se han fundido dando lugar a las instituciones civiles, en el Derecho económico, que está apenas en formación, esos dos principios siguen luchando frenéticamente.

Esta lucha la vemos hoy día representada en el mundo de las ideas por el combate entre dos opuestas concepciones de la economía y de la vida social: el *individualismo* y el *socialismo*. Los individualistas propugnan la mayor libertad económica posible. Los socialistas quieren instaurar un orden cerrado, francamente autoritario, que anule o limite fuertemente la libertad del individuo.

Los teóricos de uno y otro bando proclaman posiciones radicales: No hay término medio, dicen, o socialismo o individualismo, una de dos. Pero la realidad va mostrando combinaciones intermedias que agrupan elementos de lo uno y de lo otro. Ambos principios van cristalizando en una gama variable de posiciones en las cuales alinean hoy los diversos regímenes jurídico-económicos del mundo. Algunos de ellos se inclinan del lado de la libertad económica, del individualismo; otros se van hacia el socialismo, el colectivismo, el orden coactivo.

Aunque el Derecho económico, como disciplina jurídica autónoma, nace de un estado de cosas de tinte marcadamente autoritario: la guerra, en que el control del Estado sobre la economía llega a un punto máximo, y comienza a configurarse como sistema en un mundo que todavía no ha regresado a la normalidad y en algunas naciones de tendencias colectivistas, no viene teñido necesariamente de los matices socialistas o colectivistas. Vivimos una época que se debate entre los principios de libertad y de orden, de individualismo y de socialismo. El *signo* del Derecho económico en una nación cualquiera depende del resultado de esa lucha.

## 5—LIBERTAD Y PLANIFICACION

Hasta dónde debe ir la intervención del Estado en la vida económica? Este es uno de los mayores problemas que confronta nuestra época.

La polarización tradicional del Derecho en público y privado representa una división del trabajo entre el Estado y el individuo, una determinación de las funciones de cada uno, de la esfera de actividad de cada cual.

Pero ahora el Derecho económico plantea una nueva distribución de funciones entre los individuos y las empresas particulares, de un lado, y del otro los organismos oficiales o sociales.

Porque es preciso reconocer que en la economía, ( sea, en la creación de los medios para satisfacer las necesidades humanas, colaboran unos y otros. Es utópico creer que hoy los particulares puedan adelantar sus actividades económicas sin la cooperación del Estado y de las entidades oficiales. Qué sería de la economía de un país sin un sistema monetario sano, sin una conveniente legislación aduanera, sin una regulación adecuada de los cambios internacionales, funciones éstas que para ser llevadas a cabalidad han de ser cumplidas por el Estado o por organismos oficiales descentralizados?

De manera que la vida económica exige como pre-

supuesto fundamental la acción de entidades oficiales o sociales en determinadas funciones esenciales.

La intervención del Estado, *en abstracto*, no puede tener enemigos, porque es una necesidad, como no lo tienen la higiene, la educación, la justicia. Es erróneo e injustificado creer que el Estado es enemigo del individuo: al contrario, es su amigo, su ayuda, su colaborador en muchas funciones económicas.

Pero si criticamos el extremo individualista, igualmente debemos criticar el colectivismo. Porque en la vida económica el Estado y los organismos oficiales no lo son todo. Colaboran con los particulares, pero son éstos los creadores de la riqueza, aislados o asociados.

El límite que hoy aparece como máximo de la intervención del Estado es la planificación económica total. Este es un extremo por el que abogan ardientemente los partidarios de las doctrinas socialistas o colectivistas. Su caballo de batalla es el argumento de que se debe sustituir la anarquía de la vida económica por un orden planificado. Para ellos la idea de orden y la planificación son equivalentes, al mismo tiempo que la libertad es sinónimo de anarquía y desorden.

Pero tal criterio distintivo no se justifica. Hemos visto ya cómo el orden puede ser consubstancial con la idea de libertad. *Puede existir en la economía un orden libre o un orden planificado.*

No menos erróneo es ver en toda libertad económica un desorden. Los socialistas creen que la libre competencia, por ejemplo, es irracional (es decir, desordenada). Más adelante analizaremos el concepto de racionalización, porque deja libre el "oscuro juego de las fuerzas económicas". Pero se les ha replicado que la competencia libre no es anárquica ni ciega, sino ordenada y eficaz. La libre competencia suple la deficiencia humana para prevenir todo, para calcularlo todo, para resolverlo todo. Los precios que de ella resultan son los más justos, los más equilibrados, los más económicos (en circunstancias de funcionamiento normal). La misión del Estado, según esta corriente, es mantener las condiciones necesarias para que la competencia pueda cumplir eficazmente su cometido (4).

---

(4). En un libro reciente, titulado "Camino de Servidumbre" (Road to Serfdom) y que ha tenido bastante éxito el profesor Federico HAYEK formula contra la planificación serias objeciones desde el punto de vista de la justicia y de la eficacia. Por carencia de espacio nos abstenemos de enunciarlas y de considerarlas aquí.

En todo caso, lo cierto es que la planificación no es el único orden económico posible.

Y conviene desatar desde ahora un posible equívoco entre los conceptos de Derecho económico e intervencionismo de Estado.

El Derecho económico es un orden jurídico establecido por el Estado en la vida económica; es ya una intervención estatal sobre la economía, de carácter normativo, porque se realiza mediante reglas de conducta obligatorias. Pero el Estado no solamente interviene en asuntos económicos para crear un orden en ellos, sino que también actúa dentro de ese orden, ya creado. A semejanza de lo que ocurre con el Derecho administrativo, en que el Estado dicta leyes para regir la administración pública y luego actúa dentro de esas leyes, sujetándose a ellas. Así, cuando se dictan normas sobre cambios internacionales, el Estado está interviniendo para crear Derecho económico, y cuando, mediante un organismo destinado al efecto (oficina de control de cambios, v.gr.) concede licencias de cambios, está interviniendo o actuando en el segundo de los significados del intervencionismo.

En otros términos, el Derecho económico es una intervención del Estado en la economía, como lo es en la vida familiar el Derecho privado, pero, fuera de esto, podemos decir que es *teóricamente* posible, es concebible un Derecho económico que no dé al Estado ni a organismos de él dependientes ninguna función en la producción, distribución y consumo de la riqueza, aunque tal cosa sería una utopía.

## 6—CARACTERISTICA DEL ORDEN ECONOMICO

El orden económico que conocemos hoy día no ofrece en muchos aspectos signos de fijeza y de estabilidad. Esta peculiaridad ya la ha puesto de presente RIPERT al hablar del "orden público económico":

“...La legislación económica, dice, es transitoria y cambiante; el orden tiene iguales caracteres. No da tiempo para formar jurisprudencia” (5).

Esta inestabilidad del orden económico tiene explicación tanto desde el punto de vista de la economía, como del Derecho:

(5). G. RIPERT, op. cit. p. 281.

Nos hallamos en una época de incesantes mudanzas en la estructura económica de las naciones —cambios de población por inmigración, emigración y muertes en masa ocasionadas por la guerra, innovaciones técnicas ocasionadas por descubrimientos industriales, transición en algunos países (como entre nosotros) de la economía agraria a la economía industrial, y las frecuentes guerras con sus grandes trastornos económicos—. La materia regulada varía con extrema frecuencia y facilidad, lo que impone correspondientes variaciones en la forma reguladora, es decir, en el Derecho.

Además, el Derecho económico está apenas en formación, en ebullición, pudiéramos decir, no ha cristalizado aún en muchos aspectos. Los dos ingredientes fundamentales, libertad y orden, siguen y seguirán combatiendo entremezclados por la primacía, hasta que logren cuajar en instituciones.

Pero nada más perjudicial para la vida económica que esta falta de consistencia del orden económico. Quien dice orden, dice estabilidad, fijeza, un estado de cosas más o menos rígido y durable. Los individuos necesitan saber con certeza a qué atenerse respecto del sistema jurídico, para poder actuar conforme a sus normas. Y en éstos ese conocimiento no puede existir completamente porque la legislación está variando y destruyendo los cálculos ya hechos, a la vez que haciendo imposible hacerlos para el futuro.

## 7—EL ORDEN ECONOMICO Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL

La implantación de un orden jurídico- económico trae como consecuencia la *nulidad* de las convenciones que lo contrarían, que atentan contra él. Esta nulidad es de carácter absoluto, por objeto ilícito, pero a veces ostenta un carácter protector de ciertas personas, compradores, arrendatarios, v. gr.

Sin embargo, y esta es otra peculiaridad que observa RIPERT, la primacía del orden económico no lleva en muchos casos a la destrucción del contrato que lo contraría, es decir, a la nulidad, sino que más bien se *inserta* ese orden económico en la convención para *rectificarla*, sin destruirla. Esta característica la explica el mismo RIPERT por el hecho de que la nulidad provocaría trastornos económicos de gravedad, y el objetivo, o sea la primacía del orden económico, se consigue con la simple rec-

tificación del contrato. Así se logra un mejor resultado práctico.

En este respecto HEDEMANN expone:

“Una figura jurídica nueva es la *modificación o corrección del contrato por el juez: revisión*. La antigua dogmática clásica imponía al juez grandes limitaciones. Ciertamente en cada caso concreto el Juez ha de examinar la adecuación o compatibilidad de un contrato con el orden jurídico o con las buenas costumbres. Pero en este examen no puede ir más allá de esta disyuntiva: o todo o nada —aut, aut. O acepta el contrato, naturalmente sin modificación alguna, o debe decretar su total invalidez. Este punto ha sido ya superado en ciertas relaciones de la vida del Derecho, especialmente en el campo de lo económico. Para el legislador actual es digno de consideración- y se ha realizado ya en algunos países- el consentir la *corrección* del contrato por el juez. Es decir, el juez examina lo que en cada contrato debe ser desaprobado; lo anula y coloca en su lugar un valor justo. Por esto generalmente se prescribe que el Juez debe procurar llevar a las partes a un acuerdo beneficioso para ambos merced a una “transacción” o compensación amistosa. Solamente cuando fracase en su empeño conciliador deberá intervenir directamente. Y aún ésto ha de procurar realizarlo sin herir demasiado, para que no pueda hablarse de una dictadura del Juez sino de una “ayuda o colaboración contractual” a través del Juez” (6).

El *contrato dirigido* es otra forma de inserción del orden económico en la esfera de la autonomía de la voluntad:

“En muchos aspectos y relaciones los contratos son *reglamentados*. Siguen siendo contratos, pero se prescribe para ellos un *esquema* determinado. Es este un fenómeno que ya cuenta con un cierto pasado. Desde algunas décadas para acá, en muchos países y en determinadas formas o

(6). HEDEMANN, op cit.

clases de negocios, por ejemplo en el tráfico bancario, se elaboran *condiciones fijas*, celebrándose actualmente en el curso de un año miles de contratos casi automáticamente, según estos formularios preestablecidos. Este uso ha sido introducido históricamente por los propios círculos económicos sin que el Estado haya ejercido presión alguna. Mas ahora, en los distintos países y con diversa intensidad, el Estado interviene para evitar el caos que le amenaza. Así, regula grandes grupos enteros de contratos" (7) .

En ciertos tipos de relaciones jurídicas el contrato deja de ser fruto de la libre discusión y de la decisión de las partes. Consiste ya, más bien, en la aplicación de un reglamento dictado por la autoridad, para regular el ejercicio o explotación de una determinada industria o actividad económica: transportes, bancos, seguros.

Cada operación debe ajustarse a las cláusulas previstas por ese reglamento, y aún más, esas cláusulas obligatorias se entienden insertas en el contrato automáticamente, sin que las partes puedan suprimirlas, contrariarlas o modificarlas. La voluntad de los contratantes sólo actúa para poner en marcha el estatuto determinado por la autoridad.

A veces la reglamentación sólo recae sobre uno de los elementos del contrato: v.g. el *precio*. El control de los precios es uno de los hechos más generalizados hoy en las diversas naciones del universo. Ya lo hemos estudiado al tratar del intervencionismo de Estado y habremos de volver a examinarlo en las instituciones jurídicas colombianas.

## 8—LOS FINES EN EL DERECHO ECONOMICO

Santo Tomás de Aquino definió el orden como la unidad resultante de la conveniente disposición de muchas cosas (8) . El orden jurídico no se sustrae de ese concepto: es la conveniente disposición de la vida social enderezada hacia ciertos fines u objetivos.

En la moderna ciencia del Derecho corresponde al jurista alemán Rodolfo IHERING el mérito de haber puesto de relieve la importancia de los fines en el Dere-

(7). Id. HEDEMANN, op. cit.

(8). Cita de S. S. Pío XI. Encic. "Quadragesimo Anno" 36.

cho, en su obra titulada "El Fin del Derecho" (Der Zweck im Recht).

El Derecho económico de guerra está orientado hacia un solo objetivo: la victoria. En el derecho económico de la paz han de buscarse otros fines más estables y permanentes.

Hemos visto al comienzo de este estudio (No. 1) que la concepción materialista de la historia le asigna como fin al Derecho, con relación a la Economía, *el fomento de la producción*, lo que, por otra parte, está de acuerdo con la premisa fundamental de esa doctrina: el Derecho no es más que un instrumento al servicio de la economía.

Esta idea no consigue sino envilecer el Derecho. El fin de un ordenamiento jurídico no puede ser *únicamente* el fomento de la producción, el acrecimiento del rendimiento económico.

Ya observó STAMMLER que el fomento de la producción no es una finalidad *última*, sino el medio de llegar a otros objetivos. De manera que la tesis marxista en realidad no resuelve el problema de los fines en el Derecho.

La Economía y el Derecho tienen de común el contemplar relaciones humanas, pero lo hacen desde ángulos muy diferentes. La Economía le da reglas al hombre para alcanzar el máximo de eficiencia con el mínimo de sacrificio, pero no le impone ninguna norma ética, de conducta. Le dice: si haces ésto lograrás conseguir el beneficio que persigues. Pero no le dice: tienes que hacer ésto, para que se realice el bien de todos, como sí lo hace el Derecho.

El Derecho es un conjunto de normas que se imponen al hombre obligatoriamente, "ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad" (9). *El bien común* es el fin del Derecho; *la eficiencia, el rendimiento, el máximo de beneficio*, son los objetivos de la Economía.

Giorgio del VECCHIO ha puesto en parangón magistralmente la Economía y el Derecho:

"Aquel que quisiese realizar cierta acción en determinado campo, oportunamente debe calcular las condiciones especiales de este campo, aplicando, por tanto, el conocimiento que de ellas tenga. Pero la cuestión de saber si será lícita o debida la actividad de que se trata no la resuel-

(9). Definición que de la ley dá Santo Tomás de Aquino.

vé por sí sólo el conocimiento teórico o técnico... Así, por ejemplo, la táctica y la estrategia representan las formas de obtener determinados efectos bélicos, en la medida en que éstos pueden ser perseguidos, pero ciertamente ni la una ni la otra responden a la cuestión de saber si se debe o no hacer la guerra.

“Este es típicamente el caso de la Economía. Todos los conocimientos relativos a las formas de satisfacer las necesidades materiales de la existencia y las representaciones hipotéticas de lo que sería la vida humana en el caso de que todos los hombres estuvieran animados apenas por el motivo del interés individual, aunque puedan expresar una cierta verdad teórica, nunca podrán convertirse en máximas o normas de obrar, sin contradecir en mayor o menor escala el sistema ético que dimana de nuestra conciencia y se expresa, más o menos perfectamente en todos los pueblos y en todas las edades” (10).

En resumen, la Economía se mueve dentro de un marco puramente utilitarista, su objetivo es la obtención de rendimiento y eficiencia. Asignar al Derecho la misma finalidad es desvirtuar su esencia, envilecerlo. Su fin debe ser armonizar los intereses en pugna y encausar la lucha de los hombres por la satisfacción de sus necesidades, hacia el bien común.

Esto no quiere decir que el Derecho tenga en todo momento que contradecir las leyes y los principios de la Economía y entorpecer las actividades de producción, cambio, distribución y consumo de la riqueza.

La eficiencia económica puede y debe ser también objetivo del Derecho, pero no con carácter único o exclusivo. El derecho económico debe buscar el fomento de la producción y la mejor organización económica posible de la circulación, distribución y consumo, con miras al incremento de la riqueza nacional y el bien de todos.

Para realizar sus objetivos ha de tener en cuenta los principios de la Economía política, para no correr el riesgo de originar efectos contraproducentes. Ya hemos visto que, aunque esos principios no tienen el encadenamiento férreo, necesario, fatal que suponen los marxistas, revelan las tendencias uniformes de los hombres en su lucha por la existencia. Por tanto deben sentarse, si se quiere actuar con eficacia sobre la vida económica.

(10). G. Del Vecchio, op. cit.



También vimos ya que esas leyes económicas son hipotéticas y que uno de los supuestos básicos en que descansan es el Derecho vigente en la época en que fueron formuladas. Esto debe tenerse en cuenta para no actuar conforme a un principio económico al mismo tiempo que se destruyen las bases jurídicas en que ese principio está asentado.

Todo esto nos está poniendo de presente las dificultades extraordinarias que implica el establecimiento de un régimen jurídico-económico que sea a la vez *justo y eficiente*. Este es el problema de nuestros días.

## 9—LA ELABORACION CONSUETUDINARIA DEL DERECHO ECONOMICO

Muchos son los escollos que presenta la creación del Derecho económico por el Legislador. En la mayoría de los casos éste no tiene los conocimientos indispensables para realizar tal obra. Los jueces ordinarios también carecen de la especialización técnica necesaria para decidir sobre asuntos económicos.

Resulta difícil crear "a priori" un sistema jurídico para regir la vida económica. Pero, viéndolo bien, esto no es peculiar al Derecho Económico. Ningún sistema u ordenamiento jurídico se ha creado de espaldas a la vida. Al contrario, la historia del Derecho nos muestra que primero cuaja en usos sociales, en prácticas consuetudinarias que más tarde recoge el legislador. La costumbre ha sido la fuente más fecunda de elaboración de normas jurídicas. La vida va adaptando las reglas existentes a las nuevas necesidades y circunstancias, modificándolas, transformándolas, haciendo brotar de esta degeneración otras nuevas. Esto se observa en la evolución del Derecho Romano.

Igual cosa está ocurriendo con el Derecho económico: sobre el andamiaje jurídico del Derecho privado y del Derecho público, la costumbre jurídica va haciendo su labor de adaptación y transformación, poco a poco va creando nuevas reglas aplicables a las peculiaridades de la vida económica.

10—Además, en las diversas actividades o industrias económicas se observan ciertas normas de oficio, las llamadas por los americanos "*working rules*" que, como ha escrito de ellas el expositor LLEWELLYN, son "reglas de acción, elaboradas por las partes interesadas, ajusta-

das a sus necesidades, detalladas y relativamente claras" (11). Estas "reglas de trabajo" son una fuente importante del Derecho económico.

También existen los "working rules" elaboradas, con permiso del Estado, por las asociaciones o entidades económicas para regular su misma acción y desatar los conflictos que surgen entre ellas. De estas normas dice el mismo expositor citado:

Estas son reglas de trabajo (working rules); las reglas del juego de la actividad técnica, el tipo verdadero de reglas de trabajo que las instituciones legales oficiales son incapaces de construir. Su justificación reside en el hecho de que ellas viven y actúan. Dentro de su esfera son como leyes en cuanto a los miembros a quienes afectan y hasta donde se extiende el radio de la propiedad del que las dicta" (12).

Esta forma consuetudinaria de elaboración del Derecho económico ha conducido a la formación de un Derecho corporativo, que pronto estudiaremos.

También son manifestaciones de la costumbre económica y, por ende, contribuyen a elaborar el Derecho, los contratos "estandarizados" (standarized contracts), es decir cierto tipo de convenciones que han llegado mediante el uso y la repetición frecuentes a uniformarse, a "estandarizarse".

11—En cuanto al otro escollo de que hemos hablado, es decir, la dificultad que tienen los jueces ordinarios para fallar sobre asuntos económicos, vamos a ver que la costumbre ha creado una especie de justicia económica.

La forma más corriente es el *arbitraje*. Las controversias sobre asuntos de esta índole son desatadas por árbitros, gentes que conocen el oficio y están al corriente de sus intereses y de sus detalles íntimos.

La estipulación del arbitramento ha llegado a ser en muchos lugares una cláusula del estilo o "standard" en las transacciones económicas (llamada también cláusula compromisoria). Se somete de antemano la decisión de las controversias que puedan suscitarse a individuos del oficio o a entidades económicas (Cámaras de comercio, v. gr.).

(11).—(12) K. N. LLEWELLYN—"The effect of legal Institutions upon Economics".—The American Economic Review—Dec. 1925.

Las ventajas que para la vida económica ofrece la justicia arbitral, son, principalmente, el permitir fallar con mejores conocimientos técnicos y por personas que pueden apreciar mejor las circunstancias y los intereses de las partes. Es más flexible, por tanto, que la justicia ordinaria. Además los árbitros no están obligados a escoger entre dos extremos: las pretensiones opuestas de cada una de las partes, sino que pueden armonizarlas, transar entre ellas. Sus decisiones son también fuente doctrinal de Derecho consuetudinario económico.

## EL DERECHO PROFESIONAL Y EL DERECHO CORPORATIVO

12—El Derecho económico desde un principio se ha manifestado con un matiz profesional: el Derecho comercial, el Derecho minero, etc. se desprenden del Derecho privado para configurarse como ramas especializadas, cada una de las cuales contempla una determinada actividad económica.

La complejidad de la materia hace imposible establecer un derecho uniforme para toda la Economía. Cada una de las profesiones o industrias exhibe particularidades que necesariamente han de traducirse en las normas que las regulan. Además, cada actividad económica va formando consuetudinariamente sus propias reglas, diversas a las de otras actividades.

Pero entre esta diversidad y heterogeneidad de materias, debe haber algunos elementos uniformes; todas las normas que rigen la economía han de reconciliarse en un sistema amplio: el Derecho económico viene a ser el conjunto de esas ramas especializadas. Además, debe contener ciertos principios directores y coordinadores para establecer entre ellas unidad y armonía. Hay que tener en cuenta también que el Derecho económico no agota su materia en estas ordenaciones profesionales de la actualidad económica de los particulares, sino que comprende la regulación de las actividades económicas de los organismos oficiales o sociales, dependientes del Estado o descentralizados.

13—El Derecho *corporativo* es un fenómeno que se presenta hoy en varias naciones. Su procedencia se encuentra en las instituciones del Derecho privado: propiedad, autonomía de la voluntad, libertad de asociación. El individuo tiene libertad de determinarse, de darse reglas

a sí mismo, obligarse y regir su propiedad. Al formar asociaciones, estas adquieren un poder disciplinario sobre sus miembros y de dominio sobre sus bienes aportados. Dicta, por tanto, reglas para regir sus asuntos. V.gr. los estatutos de las sociedades anónimas.

Los fenómenos de concentración industrial han creado entidades gigantescas: carteles, consorcios, trusts, etc., como consecuencia de la libertad de asociación, que están en condiciones de dictar reglas obligatorias para todos sus afiliados.

Ya hemos observado la importancia que este corporativismo ha tenido en el Derecho económico alemán por la aplicación de las reglas de la autonomía administrativa.