

# Evolución conceptual del derecho económico a través de la obra de Gérard Farjat

## Conceptual evolution of economic law through the work of Gérard Farjat

*Javier Sanclemente-Arciniegas\**

---

Fecha de recepción: 22 de mayo de 2017

Fecha de aceptación: 27 de agosto de 2017

---

### RESUMEN

El artículo presenta la evolución del derecho económico a través de la obra de Gerard Farjat, identificando la continua movilidad y la reivindicación de autonomía para el sistema jurídico como los principales rasgos del pensamiento de quien ha sido considerado el más importante exponente de esa disciplina en el derecho francés.

**Palabras clave:** derecho económico; Gérard Farjat; orden público económico; división derecho público-derecho privado; poderes económicos privados; regulación económica.

### ABSTRACT

The article presents the evolution of economic law through the work of Gerard Farjat, identifying the continuous mobility and the claim of autonomy for the legal system as the main features of the thought of who has been considered the main exponent of that discipline in the French law.

**Keywords:** economic law; Gérard Farjat; economic public order; división public/private law; private economic powers; economic regulation.

---

\* Abogado de la Universidad Nacional, especialista en derecho económico de la misma universidad, especialista en Derecho Público de la Universidad Externado, especialista en Derecho Comercial de la Universidad Paris II Panthéon Assas, magister en Derecho de los Negocios y de la Economía de la Universidad Paris I Panthéon Sorbonne, doctor en derecho de la Universidad Paris-Dauphine, PSL Research University, ex magistrado auxiliar del Consejo de Estado, asesor del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Correo electrónico: jsanclementea@gmail.com

## INTRODUCCIÓN

La reflexión que planteamos en el presente artículo sigue la evolución del derecho económico a través del examen de las instituciones jurídicas a las que dedicó su análisis el profesor Gerard Farjat. El estudio nos parece pertinente por cuanto se trata de analizar el pensamiento del principal exponente de la escuela francesa de derecho económico<sup>1</sup>, pues su manera de concebir esta categoría del derecho ha tenido una influencia importante en la doctrina jurídica, tanto en Francia (Martin y Racine, 2013) como en América Latina. En efecto, Farjat ha contribuido a forjar algunas de las instituciones que determinan nuestra manera de entender el derecho económico. No obstante, lo que deseamos resaltar del pensamiento de Gerard Farjat no se limita a la influencia que ha tenido en el pasado, sino a la evolución de sus reflexiones, que lo llevaron a orientar el derecho económico hacia nociones que, en nuestra opinión, resultan pertinentes en la evolución futura del derecho económico en Colombia.

Sin embargo, no pretendemos un análisis detenido de los diferentes temas de los que se ha ocupado el fundador de la Escuela de Niza en su prolífica vida académica. Nuestro interés se limita a identificar las principales instituciones jurídicas de las que ha tratado, algunas de las cuales luego abandonó, para adoptar nuevas nociones. Esto nos permitirá seguir la evolución que ha tenido la noción de derecho económico a la que él dedicó gran parte de sus reflexiones. Esta manera de abordar esa noción nos parece pertinente, dado que la definición del derecho económico sigue siendo incierta, pese a los múltiples esfuerzos que se han realizado en ese sentido. En efecto, según afirmaba nuestro autor, el derecho económico vive sin definición (Farjat, 1992). Por tal razón, en lugar de tratar en vano de exponer una enésima definición de lo que debería entenderse por derecho económico, nos proponemos rastrear el desarrollo que ha tenido esa categoría desde el punto de vista de los conceptos jurídicos en torno de los cuales Farjat ha articulado la reflexión.

En esa perspectiva, veremos que Farjat concebía el derecho económico como una disciplina del derecho esencialmente dinámica, puesto que trata de las normas que se proponen el seguimiento de una economía en constante evolución. Precisamente, desde el orden público económico, primera institución jurídica a la que consagró su análisis, Farjat (1963) identificó la constante movilidad de su contenido como uno de los rasgos fundamentales de esa disciplina. De allí que, en su concepción, las instituciones jurídicas relativas al asunto debían ser consideradas como provisionarias, pues tenían que estar en permanente discusión a fin de conservar su pertinencia.

1 Una valoración de la importancia de la obra de Farjat puede realizarse a través del compendio de autores que participaron en la obra publicada en su honor (Farjat, 1999).

Esa posición exige un espíritu crítico y vigilante, y una metodología de análisis particular: el análisis substancial (Farjat, 1986; Racine y Siirainen, 2007), que por definición se opone a un análisis puramente formal. A partir de esa metodología y guiado por ese espíritu, el autor se situó en una perspectiva crítica respecto de instituciones tradicionales del derecho, que a su juicio eran incapaces de dar cuenta de la complejidad de las relaciones que sostienen el derecho y la economía. De manera que, siguiendo los planteamientos de Chevallier (2004), es posible identificar a Farjat como un jurista propio del Estado posmoderno, por cuanto ha planteado una ruptura con nociones clásicas de la modernidad en el área jurídica. Se trata de un análisis que tiende a la deconstrucción de categorías conceptuales desuetas y a proponer nuevos conceptos jurídico-emergentes (Farjat, 2010).

En este texto, vamos a destacar tres aspectos que consideramos importantes en la evolución conceptual del derecho económico propuesta por Gérard Farjat. En primer lugar, analizaremos la evolución que va de la concepción del derecho económico como derecho privado a la tesis según la cual la división del derecho en las categorías derecho público-derecho privado es artificiosa y no se adecúa a la complejidad de las relaciones entre derecho y economía. En segundo lugar, haremos referencia a la evolución representada en la concepción del poder —y, dentro de ella, a la concepción del derecho económico como un dispositivo de control del poder ejercido en las relaciones contractuales entre particulares—, a una concepción que concibe esa disciplina como un dispositivo jurídico de control de los efectos que los poderes económicos privados pueden tener sobre la sociedad. En tercer lugar, vamos a analizar la evolución del derecho económico en la obra de Farjat desde una perspectiva en la que el rol preponderante en la economía es asumido por el Estado, a la concepción en la que el rol predominante le corresponde al mercado.

Veremos que, en algunos casos, la transformación que subyace a esa evolución ha implicado la desaparición literal de conceptos jurídicos que antes eran centrales en la obra del autor. Tal es el caso de la noción de planificación, que en un primer momento fue concebida como un nuevo concepto jurídico de carácter *sui generis*. La importancia atribuida a esa noción en la actividad económica del Estado y de las grandes empresas imponía su análisis detallado en las reflexiones propias del derecho económico. En otros casos, la evolución conceptual del derecho económico en la obra de Farjat ha implicado el advenimiento de nociones jurídicas, como la de regulación, que inicialmente no hacían parte de las tesis formuladas pero que en sus últimos trabajos fueron identificadas como fundamentales dentro su propuesta doctrinaria.

## 1. DE LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO ECONÓMICO COMO DERECHO PRIVADO A LA IMPUGNACIÓN DE LA DIVISIÓN DERECHO PÚBLICO-DERECHO PRIVADO

En un primer estadio de su evolución conceptual, el derecho económico es concebido en la obra de Gérard Farjat como una reflexión enmarcada dentro del derecho privado, con fundamento en la noción de orden público económico (Farjat, 1963). Sin embargo, en un segundo momento, la pertinencia de la división derecho público-derecho privado es puesta en duda y en su lugar se reclama una autonomía específica para el derecho económico (Farjat, 1971). En fin, en la obra de su madurez doctrinaria, el autor calificaría como catastrófica la distinción entre derecho público y derecho privado (Farjat, 2004), un lastre que impide un análisis coherente de las relaciones jurídicas y que obstruye la influencia del derecho francés a nivel internacional en beneficio del derecho anglosajón. Este es el primer aspecto en el que se observa una evolución conceptual que tiene sus orígenes en las categorías jurídicas clásicas, el desarrollo de su doctrina madura en la medida que pasa el tiempo. La primera posición corresponde a la perspectiva asumida en las primeras expresiones de su doctrina: en su tesis, la obra de su juventud. La segunda posición es asumida en su obra principal, la que le valdría su lugar de autoridad como el autor de referencia en derecho económico. La tercera posición expresa la voluntad de utilizar esa autoridad para defender la pertinencia de superar categorías jurídicas desuetas que, sometidas al análisis crítico, se revelan como impertinentes, y por consiguiente propone superarlas a fin de permitir un desarrollo coherente del derecho económico.

### 1.1. El derecho económico como derecho privado

Gérard Farjat preparó y defendió su tesis de doctorado dentro del área del derecho privado. Su trabajo inicial sobre el orden público económico se desarrolló en un momento en el que tenía lugar el cuestionamiento acerca de la pertinencia de la fragmentación del derecho en diferentes ramas. Su tesis se inscribe dentro la tendencia que se dirige a cuestionar la pertinencia de las disciplinas jurídicas y a propender a su reinención (Coloma, 2016). Sin embargo, dentro de una tradición jurídica formalista como la francesa, la reflexión realizada por Farjat se encontraba sometida al control férreo de los especialistas en derecho privado, quienes debían decidir su admisión dentro de dicha comunidad. Por ello, las reflexiones del doctorando y aspirante a profesor debían dirigirse a demostrar, ante los demás miembros de la comunidad del derecho privado, el dominio de los conocimientos que permitieran habilitarlo como un experto en esa especialidad

y, a partir de allí, producir nuevos conocimientos que enriquecieran el acervo doctrinal en la materia<sup>2</sup>.

De conformidad con lo anterior, su tesis sobre el orden público económico se inscribe formalmente como una reflexión clásica del derecho privado. La obra se estructura a partir de una disposición de derecho positivo: el artículo 6º del Código Civil francés, norma según la cual las partes no pueden desconocer en sus convenciones particulares las leyes que conciernen al orden público y las buenas costumbres<sup>3</sup>. Se trata entonces de un análisis del derecho sustancial, sobre una de las disposiciones preliminares de la versión original del Código Civil, que establece los principios generales a los cuales deben sujetarse las normas que desarrollen principios como la autonomía de la voluntad o la libertad contractual.

Además de fundarse en una norma de derecho positivo, la reflexión de Gérard Farjat debía naturalmente dar cuenta de la interpretación que habían hecho de dicha norma los grandes profesores de derecho civil y comercial que fungían a la época como autoridades académicas en derecho privado. En ese sentido, dentro de la concepción de derecho económico de nuestro autor, desempeñó un papel fundamental la interpretación que hicieron de la norma del Código Civil antes citada autores civilistas y comercialistas como Jean Carbonier y Georges Ripert.

Del primer autor, Farjat retomó la distinción entre la noción ordinaria o política de orden público y la noción de orden público económico. En efecto, fue el civilista Carbonnier quien clasificó por primera vez en su texto sobre derecho de las obligaciones (1956) el orden público económico en las dos categorías —de protección y de dirección— que posteriormente desarrolló Farjat en su reflexión. La noción de orden público económico de protección la asoció el civilista a las normas destinadas a proteger en ciertos contratos a la parte más débil económicamente: con ellas el legislador se propone restaurar un cierto equilibrio contractual entre la parte fuerte y la débil. Como ejemplo se pueden citar las normas de carácter imperativo que protegen a los consumidores, a los arrendatarios o a los trabajadores. Por otra parte, el orden público económico de dirección fue asociado por Carbonnier a una voluntad de orientación de la

- 2 El profesor Goldman, quien escribió la introducción, calificó la reflexión como una verdadera tesis de derecho privado (Farjat, 1963, p. 5).
- 3 En la versión de Andrés Bello del artículo 6º del Código Civil francés, es el artículo 16 del Código Civil colombiano. Sin embargo, en la versión en español, el adjetivo “público” desapareció. Así, mientras que el Código Civil francés dispone “On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs”, el artículo 16 del Código Civil colombiano establece: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”.

economía nacional que impone la eliminación de todos los contratos privados que le fueran contrarios.

La influencia de Georges Ripert sobre la evolución del pensamiento de Farjat es aún más significativa. En efecto, gracias a sus numerosos tratados de derecho civil y comercial, la obra de Ripert constituía una referencia fundamental en derecho privado. Sin embargo, pese al carácter esencialmente positivista de su doctrina, este privatista tuvo una profusa y polémica producción doctrinaria en la que analizó la relación entre el derecho privado y el régimen político. Dentro de sus obras de alto contenido político se destacan *El régimen democrático y el derecho civil moderno* (Ripert, 1936) y *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (Ripert, 1946). Previamente a esas obras, Ripert había formulado por primera vez la noción de orden público económico en su artículo sobre el orden económico y la libertad contractual, texto que fue publicado en el compendio en homenaje a François Geny. En ese artículo, Ripert retomaba a Portalis para definir el orden público como las normas del Código Civil que interesan más a la sociedad que a los particulares (Ripert, 1934). El hecho de haber sustentado por primera vez la potestad del Estado para imponer una cierta organización de la economía condujo a ciertos autores a calificar la obra de Ripert como el primer sustento teórico, dentro de la tradición jurídica francesa, del intervencionismo del Estado en la economía (Vohringer, 2005). En estudios como el precitado, se ha trazado una evolución del pensamiento de ese gran privatista francés que puede considerarse similar a la de Farjat. Así, Vohringer achaca a Ripert el haber proporcionado el sustento jurídico inicial de la propensión hacia el dirigismo excesivo de la economía por el Estado, tendencia que, a su juicio, condujo a asfixiar la libertad económica. Sin embargo, dicha posición habría sido corregida en los trabajos posteriores de Ripert, en los que protegió vigorosamente la libertad contractual y la propiedad privada.

De esa manera, la reflexión de Gérard Farjat sobre el derecho económico se inscribió inicialmente dentro de una línea de evolución natural del derecho privado francés, siguiendo de cerca las disposiciones del Código Civil y la doctrina de los principales privatistas de su época. En ese sentido, el autor manifiesta de manera expresa la adscripción de su reflexión inicial al marco del derecho privado, por ello afirma que el orden público económico es un fenómeno jurídico de derecho privado (Farjat, 1963), y cuando el carácter específico del asunto lo lleva a tratar de temas que se alejan del derecho privado, el autor se empeña en enmarcar su reflexión dentro de esa categoría específica. La adscripción de la obra de Farjat dentro del área del derecho privado se confirmaría con la aparición del texto que publicó en 1975 y al cual dio por título *El derecho privado económico* (Farjat, 1975). Dicha reflexión, centrada esencialmente en el derecho de las obligaciones, ha sido identificada como una muestra clara de distinción rigurosamente formalista entre el derecho público y el derecho privado (Bureau, 1997).

La inscripción inicial de su reflexión dentro de la categoría del derecho privado no es un asunto secundario. En efecto, la influencia del derecho público sobre el derecho privado era un asunto importante, un tema que generaba una sensibilidad especial entre los privatistas franceses de mediados del siglo xx, quienes rechazan el excesivo intervencionismo del Estado francés de la posguerra. Así, Savatier (1950), Josserand (1938) y el mismo Ripert (1949) habían expresado inquietudes ante la expansión del derecho público, por entender que subordinaba sin justificación, en nombre del interés general, instituciones centrales del derecho privado, como la autonomía de la voluntad o la libertad de comercio. Pese a que la noción de orden público económico ilustra ejemplarmente los límites de las dos concepciones, Farjat no tomó partido en el debate acerca de la distinción entre derecho público y derecho privado<sup>4</sup>. En lugar de ello, retomó del derecho alemán la noción de derecho económico, y quiso fundar a partir de ella una nueva categoría jurídica que le permitiera trascender tales divisiones.

## 1.2. La ruptura con la distinción derecho público-derecho privado

Desde el origen mismo de su propuesta doctrinaria, y pese a su adherencia formal a la categoría del derecho privado, Farjat introdujo elementos conceptuales que lo distanciaron de la concepción clásica del derecho privado. En tal sentido, desde su tesis, Farjat toma distancia de las corrientes puramente civilistas y llama a matizar las posiciones que pugnan por excluir el derecho público de la reflexión propia de los juristas del derecho privado. Prueba de ello es que, pese a calificar el orden público económico como una noción de derecho privado, en esa obra incluyó un párrafo especial que denominó “Orden público económico y derecho público” (Farjat, 1963). Allí fijó su posición en torno al debate sobre la influencia del derecho público en el derecho privado, postulando una coexistencia o compenetración entre ambos. Pese a ello, Farjat da cuenta del fenómeno de publicización del derecho privado, pero lo identifica, justamente, con la activa presencia del Estado francés en la economía, la nacionalización de empresas privadas y la participación directa del Estado en la actividad económica.

Pero si en su primera obra Farjat sitúa su reflexión dentro del marco clásico del derecho privado, en su obra más importante, *El derecho económico* (Farjat, 1971), la ruptura con la distinción derecho privado-derecho público es clara. La evolución de su pensamiento es evidente, pese a que la concepción que presenta Farjat en esta obra tiene como piedra angular el orden público económico. En el empeño de la distinción, el autor dedica todo el primer título de esa obra al tema de las divisiones del sistema jurídico clásico y el derecho económico

4 Para una versión detallada del debate derecho civil-derecho privado en diferentes categorías del derecho, ver Freedland y Auby (2006).

(Farjat, 1971, pp. 35-134). El fin que se propone es fundamentar la autonomía del conjunto de normas destinadas a regular la concentración o colectivización de los bienes, de la producción y de la organización de la economía por parte de los poderes privados y públicos.

En tal sentido, sostiene que, para garantizar la unidad y la coherencia del derecho económico, es necesario sacrificar la concepción dualista que caracteriza al sistema jurídico. En su criterio, es pertinente abandonar la división derecho público-derecho privado. En lugar de ella, propone una concepción tripartita del derecho en la que sitúa el derecho económico como una nueva rama del derecho, en el mismo plano que las dos ramas tradicionales (1971, pp. 766 y ss.). Para fundamentar su propuesta, analiza las manifestaciones del derecho económico en el derecho público y en el privado, planteando dos criterios que distinguirían la nueva rama dentro del sistema jurídico: por una parte, el uso de una técnica caracterizada por la interpenetración de técnicas del derecho público y del derecho privado tanto en las fuentes de elaboración del derecho económico como en la aplicación del orden económico. Por otra parte, fundamenta la autonomía del derecho económico en la existencia de un dominio específico que es exterior al ámbito de aplicación del derecho privado y del derecho público, tanto en lo que se refiere a las personas como en lo que concierne al objeto.

La empresa y la planificación económica (Farjat, 1971) son dos instituciones jurídicas presentadas por el autor como ejemplo de la irrupción del derecho económico como una nueva rama del derecho, que trasciende la división entre derecho público y privado. Su análisis realza la complejidad jurídica de las dos instituciones como una característica que impide adscribirlas adecuadamente en alguna de las dos ramas tradicionales. La perspectiva del análisis es crítica, por cuanto se dirige a demostrar las limitaciones que se desprenden del enfoque tradicional. Por consiguiente, su argumentación se centra en demostrar cómo la reducción de la noción jurídica de la empresa a una categoría exclusiva del derecho comercial desconoce aspectos fundamentales de la institución, de los que se ocupa en principio el derecho laboral, pero que resultan fundamentales para entender desarrollos del derecho comercial, como la tendencia a la protección de esos entes en el régimen legal de la insolvencia económica.

En el mismo sentido, el análisis de la institución jurídica de la planificación da cuenta de la imbricación de instituciones jurídicas de naturaleza privada, como el contrato, con instituciones propias del derecho público, como los asuntos tributarios. La planeación indicativa que practicaba el Estado francés en esa época es una prueba de la interacción intensa entre actores económicos de naturaleza pública y privada. El régimen jurídico aplicable a dicha interacción

necesariamente debía dar cuenta de la naturaleza de los actores y del objetivo económico que se proponían.

Además de permitir a Farjat fundamentar la autonomía del derecho económico, la empresa y la planificación son también dos instituciones jurídicas paradigmáticas en lo que concierne al carácter apenas provisorio que nuestro autor asignaba a las nociones propias de su objeto de estudio. El criterio orientador es que si el derecho económico pretende regular la economía, debe seguir de cerca la evolución constante de la actividad económica. Se trata entonces de dos instituciones jurídicas *sui generis* y teóricamente imperfectas, pero cuyo correcto funcionamiento no podía resultar indiferente al jurista, debido a su importancia material en el momento en que realizó la reflexión.

El derecho de la empresa y el derecho de la planificación parecen tener un carácter transitorio, afirmaba con clarividencia nuestro autor (Farjat, 1971), al tiempo que observaba la aparición de nuevas disciplinas jurídicas en el derecho económico, por los efectos de la diversificación y especialización técnica. Así las cosas, ante la obsolescencia de viejas instituciones, como la planificación, su análisis se dirigió posteriormente hacia nuevos fenómenos jurídicos, como la biotecnología y la informática, cuyos efectos sobre el derecho económico son cada día más importantes (Farjat, 1990). No por ello abandonó el tema de la distinción derecho público-derecho económico: se refirió de nuevo al asunto en la obra de su madurez intelectual, esta vez en forma de alegato que señalaba la impertinencia de tal distinción.

### 1.3. El alegato sobre la impertinencia de la división derecho público-derecho privado

Más de treinta años después de la publicación de su texto sobre derecho económico, Gérard Farjat publicó de nuevo una obra dedicada al asunto, a la que tituló *Por un derecho económico* (Farjat, 2004). Según los reseñistas<sup>5</sup>, se trata de un *aggiornamento* que actualiza su doctrina dando cuenta del carácter esencialmente evolutivo de las instituciones jurídicas en torno de las cuales se articula el discurso del derecho económico. Por ello, nociones jurídicas como la planificación y el derecho económico, propias de los países del socialismo real, han desaparecido, la noción de empresa subiste, pero el análisis privilegia los riesgos de la especulación bursátil sobre el rol social de esta.

La obra es, además, un acto de militancia jurídica que toma partido por el sometimiento de la economía al derecho, una propuesta pertinente en un momento

5 Ver los comentarios de Pirovano (2005, pp. 671-673) y los de Racine y Sueur (2005, pp. 91-102).

en que el poder económico, eufórico ante el triunfo de las ideas neoliberales, tendía a desbordar todo límite jurídico. Cuatro años después de la publicación de su texto, una grave crisis económica, generada por las hipotecas *subprime*, se extendió por el mundo a partir de los Estados Unidos, demostrando de esa forma la pertinencia de su propuesta.

*Por un derecho económico* es entonces un alegato por la pertinencia del sistema jurídico, una reflexión encaminada a reivindicar la importancia de condicionar jurídicamente el funcionamiento del sistema económico. En ese empeño, la distinción derecho público-derecho privado es considerada como catastrófica (Farjat, 2004), por cuanto distrae los esfuerzos doctrinarios hacia aspectos puramente formales, desviando de esa manera la atención del asunto realmente importante: la necesidad de garantizar que el funcionamiento del sistema económico respete los valores de los que es portador el sistema jurídico. Se trata entonces de un análisis intersistémico, en el que la pretensión de una definición general y aceptada del derecho económico ha dejado de ser importante. En lugar de ello, sostiene que el derecho económico se caracteriza más por su método de análisis que por su contenido (Farjat, 2004, p. 107).

Ese aspecto metodológico, caracterizado por lo que él denominó<sup>6</sup> análisis substancial, ha sido considerado como de importancia fundamental en su propuesta doctrinaria (Martin y Racine, 2013; Racine y Siiriainen, 2007). El enfoque consiste en un análisis crítico de las instituciones jurídicas y su propuesta metodológica plantea superar la perspectiva puramente formal con miras a adaptar el derecho a la realidad. Por ello, plantea que es necesario considerar no solo las normas sino los hechos, en consecuencia, fustiga la desconexión entre las estructuras sociales y las estructuras jurídicas. En esa perspectiva, la distinción derecho público derecho privado es calificada como catastrófica, pues acentúa el predominio del sistema económico sobre el sistema jurídico, al no dar cuenta de la complejidad de las instituciones jurídicas propias del derecho económico, como la empresa y la planeación, que habían sido destacadas inicialmente. El autor concluye que la división se funda en categorías que no son tampoco pertinentes para abordar instituciones como el derecho de la competencia o el derecho de la regulación, que son presentados en su última obra como nuevas nociones de importancia cardinal en el derecho económico. Por ello, en desarrollo del análisis substancial, denuncia las incoherencias y contradicciones de esas categorías puramente formales y postula una reevaluación del derecho que le permita mantener su relevancia.

La perspectiva de Farjat en la obra de su madurez intelectual sigue siendo la de quien se reconoce explícitamente como un privatista (Farjat, 2004),

6 Para su planteamiento sobre el análisis substancial, ver Farjat (1971; 1986).

alguien cuyos analistas siguen asociando con Ripert (Pirovano, 2005, p. 671). Sin embargo, la inadaptación fáctica de las categorías jurídicas puramente formales lo conduce a arreciar sus críticas sobre la artificiosa distinción derecho público-derecho privado. El desarrollo de la metodología del análisis substancial lo lleva a privilegiar los asuntos de fondo sobre los asuntos de forma. Por eso abandona debates puramente teóricos —como la división del derecho en ramas o disciplinas—, que para él resultan secundarios, y en lugar de ello plantea la pertinencia de un enfoque pragmático destinado a garantizar que el derecho controle de manera efectiva el ejercicio del poder económico.

## **2. DEL CONTROL JURÍDICO DEL PODER ECONÓMICO A LA ECONOMÍA DE DERECHO**

La concepción del derecho económico en la obra de Gérard Farjat se articula en torno de la noción de poder económico. De hecho, una de las definiciones de esa disciplina que el autor propone es la de derecho del poder económico (Farjat, 1971, p. 766). Esta caracterización particular se desprende de la definición general de Claude Champaud (1967), que es retomada por nuestro autor, según la cual el derecho económico es el derecho de la organización de la economía por los poderes públicos o privados (Farjat, 1971, p. 18). Este es un enfoque herético pero pertinente. Situar en un mismo plano al poder público y al poder privado constituye una manera original de abordar el tema y que tiene implicaciones conceptuales importantes. Esta perspectiva fundamenta la pertinencia de un control jurídico del poder económico privado, de la misma manera que existe un control legal del poder público. De allí se desprende una remoción mayor de categorías jurídicas tradicionales, en la medida en que se fundamenta una transposición de instituciones propias del derecho público al área del derecho privado. El enfoque es apropiado, por cuanto da cuenta del advenimiento de poderes económicos privados que antagonizan con el poder que ha ejercido tradicionalmente el Estado sobre la sociedad.

La evolución del pensamiento de Farjat sobre el asunto comienza con una concepción que en un principio predica el control del poder económico como una manera de proteger a la parte más débil en las relaciones contractuales particulares: es la tesis expresada en su primer texto sobre el orden público económico. En un segundo estadio, su pensamiento evoluciona hacia la noción de los poderes privados económicos que, gracias a la concentración de capital, pretenden reconfigurar en su provecho el libre juego del mercado: es la propuesta de su texto inicial sobre el derecho económico. En un tercer estadio, la preponderancia que ha tomado el mercado dentro de la sociedad lo lleva a plantear la noción de la economía de derecho, que tiene como fin, al igual que

la noción de Estado de derecho, someter el poder económico a la legalidad. Esta es la propuesta de su texto final, en que aboga por un derecho económico.

## 2.1. La noción de orden público económico: control jurídico del poder económico en las relaciones entre particulares

En un primer estadio, el control del poder jurídico es abordado por Farjat por medio de la noción de orden público económico. El interés por el fenómeno del poder en las relaciones jurídicas entabladas entre particulares es una característica particular del pensamiento de Farjat que se deriva también de la metodología del análisis substancial (Sakho, 2013). En efecto, ese tipo de enfoques requiere centrar la atención en aspectos de los que no se interesa tradicionalmente la dogmática jurídica: la dominación económica, la dependencia económica o la posición dominante sobre el mercado son nociones que no cuentan con una tipificación legal precisa. Por ello, su configuración solo puede establecerse a partir de la observación del funcionamiento material de los operadores en el sistema económico.

Además, el enfoque de Farjat resulta original por cuanto toma distancia de la tradición de la doctrina privatista, que, por una parte, tiende a ignorar por entero el concepto de poder o, por otra, cuando se ocupa de él, tiende a identificarlo con el ejercicio de derechos subjetivos<sup>7</sup>. De manera que la perspectiva de Farjat desborda la visión privatista tradicional, que equipara derecho y poder. Por ejemplo, las nociones de obligación, de propiedad o de representación son tradicionalmente presentadas bajo el término de poder. Sin embargo, en lugar de concebir el poder como la facultad o potencia de hacer o exigir algo, Farjat privilegia su significado en la interacción social, que se refiere a acepciones del término como *tener más fuerza o ser más fuerte que alguien*.

En tal sentido, como hemos señalado anteriormente (ver 1.1), Farjat retoma y profundiza la noción de orden público económico de la tradicional doctrina civilista de Carbonnier<sup>8</sup>, quien divide esa noción entre orden público de protección y orden público de dirección. Este segundo tipo de orden público se caracteriza por un control del poder contractual y está destinado a reestablecer el equilibrio

7 Para un estudio sistemático de la noción de poder en derecho privado francés, ver Gaillard (1985).

8 En su texto sobre derecho económico, amplía sus referencias civilistas y cita a Demoge, para quien la noción de orden público hace referencia a asuntos sobre los cuales la sociedad ha tomado partido claramente descartando cualquier libertad al respecto (Farjat, 1971, p. 50).

económico entre los particulares contratantes. Para ello, en nombre del interés público, se otorgan derechos especiales a la parte más débil y se establecen obligaciones para la parte poderosa. Para Farjat, las medidas de protección comprenden la política económica del conjunto de los poderes públicos y pueden responder a necesidades de la política monetaria, crediticia, de distribución del ingreso u otras. Sin embargo, esas medidas no tienen solamente una finalidad económica, sino que las asocia a nociones como el poder de mercado (1971, p. 51) del que dispone una de las partes, condición que le permite establecer unilateralmente las condiciones del contrato: es el caso típico de los contratos de adhesión.

Farjat (1971, p. 53) identifica una serie diversa de herramientas de las que hace uso el sistema jurídico para remediar esa desigualdad. La primera de ellas es la reglamentación que puede imponer ciertas formalidades a la actividad contractual, por ejemplo, la obligación de dar información. Otra forma de protección es el control, actividad mediante la cual el Estado puede someter un contrato a la aprobación previa de la autoridad como condición de su perfeccionamiento. El Estado puede también someter a la vigilancia continua toda la actividad contractual que realice un contratante poderoso, por ejemplo, un banco. En nombre del orden público económico de protección, es posible también que el Estado intervenga fijando o determinando asuntos cardinales del contrato, como el valor de los cánones de arrendamiento o de las tasas de interés. En fin, el Estado puede desconocer íntegramente la libertad contractual e imponer la obligación de contratar. Es el caso de la obligación de renovar el arrendamiento de un local comercial o de celebrar nuevo contrato con la persona a quien el comerciante ceda el establecimiento de comercio.

La noción de orden público económico tiene entonces un tinte autoritario, en la medida en que representa una intromisión del Estado en las relaciones contractuales de los particulares, pero ella se justifica en la medida en que el análisis substancial permite concluir que la igualdad formal en la realidad no existe. La inflexión que toma en ese aspecto el derecho civil es considerable, ya que esa desigualdad entre los particulares deja de ser un asunto meramente privado y se convierte en asunto que toca el interés general, que concierne al orden público económico. Sin embargo, Farjat (1963, p. 122) resalta el aspecto puramente individual de algunas medidas que se desprenden del orden público de protección, las cuales se centran en la economía interna del contrato y tienden a evitar perjuicios subjetivos. Pese a ello, la noción de orden público económico plantea un análisis que descarta la idea según la cual las normas de derecho privado hacen referencia exclusivamente a los derechos particulares, mientras que las normas de derecho público se encargan del interés general.

## 2.2. La noción de poderes privados económicos: control jurídico del impacto del poder económico sobre el mercado

El segundo estadio del desarrollo conceptual en torno de la noción de poder en la obra de Farjat lo identificamos en su texto *Derecho económico*. En este punto, la evolución de su pensamiento se estructura a partir de la noción de los poderes privados económicos. En criterio del autor, esa institución se desprende naturalmente de la tendencia hacia la acumulación en el desarrollo capitalista. Ese fenómeno constituye en su concepto un aspecto esencial del derecho económico, por cuanto genera cambios significativos en el sistema jurídico. El autor define los poderes privados económicos como el producto de la concentración capitalista que da origen a personas privadas que disponen de un poder de decisión unilateral, similar, en el plano material, al de los poderes públicos. Por ello, dedica una parte sustancial de su reflexión al análisis de dicha institución (Farjat, 1971).

Farjat observa cómo la concentración del poder económico se realiza a partir de instituciones jurídicas que, analizadas en la perspectiva puramente formal, no permitirían identificar dicha concentración. Por ejemplo, los conglomerados económicos se conforman a partir de múltiples sociedades que el análisis formal tiene como personas jurídicas autónomas. De allí la pertinencia de su metodología del análisis substancial, ya que permite identificar la unidad de un grupo económico haciendo abstracción de la autonomía de las diferentes sociedades que pueden gravitar en torno a él. En tal sentido, planteó la pertinencia de una nueva categoría jurídica intermedia entre las personas y las cosas: los centros de interés (Farjat, 2002). Su análisis hace uso de nociones como control económico o dependencia económica, referidas a las relaciones de poder que se establecen entre dos personas jurídicas y que conducen a negar la autonomía de una de ellas en beneficio de la que detiene el poder.

La identificación de la realidad material que se esconde bajo las formas jurídicas resulta relevante, por cuanto la concentración excesiva del poder económico puede ser contraria al interés general. En efecto, nuestro autor señala que, para los poderes privados económicos, el objetivo de garantizar la seguridad y la constancia de los dividendos que reciben puede ser tanto o más importante que el objetivo natural de la búsqueda de ganancias. Por tal razón, observa que el objetivo último de los poderes privados económicos es el de liberarse de las presiones que se derivan de la libre competencia económica. Esta aspiración supone pasar de ser operadores sometidos a las vicisitudes del mercado a ser

operadores que someten el mercado a sus condiciones, en detrimento del interés de los consumidores.

Frente a tales pretensiones, le corresponde al Estado desplegar una acción especial, tendiente a controlar la aspiración de los poderes privados económicos que pretenden suprimir el libre mercado. La institución jurídica por medio de la cual se atiende ese objetivo es naturalmente el derecho de la competencia, que Farjat sitúa en el núcleo mismo del derecho económico (1971, p. 468). En su criterio, esta institución constituye un punto de confluencia de los poderes privados económicos y del poder público. Así, la concentración del poder económico tiene como consecuencia una intervención más decidida del Estado en la economía. Sin embargo, la intervención no se plantea necesariamente en términos de oposición, sino que se dirige a preservar la libertad económica y proteger lo que el autor denomina las víctimas de la concentración económica, entre las que identifica, además de los consumidores, a las empresas más pequeñas e, incluso, en ocasiones, a los mismos poderes privados económicos.

El control jurídico de los poderes económicos es realizado por el Estado francés por medio de dos instituciones del derecho de la competencia. Por una parte, el control de las concentraciones y, por la otra, el control de las prácticas restrictivas de la competencia. Sin embargo, Farjat observa que la concentración económica en sí misma no es sancionada por el derecho. Por el contrario, el Estado estimula la concentración económica a fin de contar con empresas nacionales que puedan actuar con éxito en el mercado mundial, dominado por multinacionales. En la misma forma, no todas las prácticas restrictivas de la competencia son objeto de sanción, tener una posición dominante sobre el mercado no es en sí mismo censurable, lo que es reprochable el abuso que se puedan cometer de dicha posición.

En el estadio conceptual propio de los poderes privados económicos, la última palabra en torno a la licitud de la concentración del capital o de las prácticas restrictivas de la competencia la tiene la política. Valores superiores, como el progreso económico o el balance favorable en materia de desarrollo pueden justificar la autorización de una concentración extraordinaria o de una práctica que en principio sería ilícita. Farjat hace énfasis en el contenido político del derecho de la competencia, se trata de un derecho al servicio de una cierta política económica, de manera que el gobierno juega aún un rol fundamental en el asunto (Farjat, 1971, p. 504). La evolución de su doctrina lo llevará a plantear, en fin, una situación en la que es los poderes privados económicos han adquirido una preponderancia que antagoniza con el poder público.

### 2.3. La noción de economía de derecho: control jurídico del impacto del poder económico sobre la democracia

El tercer estadio del desarrollo conceptual en torno de la noción de poder en la obra de Farjat lo identificamos en el concepto de la economía de derecho. Se trata de una noción central a partir de la cual articula la reflexión en su obra pour un droit économique. En este aspecto el análisis de Farjat se une a importantes exponentes de la doctrina jurídica (Frison-Roche, 1995) y política (Rosanvallon, 1999) francesa para dar cuenta de las profundas transformaciones que ha sufrido la noción del mercado. En especial hace énfasis en la tendencia del mercado a ocupar espacios cada vez más alejados de la interacción económica tradicional. Así, algunas de las mutaciones fundamentales de la sociedad han sido configuradas más por los poderes económicos privados que por los poderes públicos. Alain Supiot (2010) designa esta tendencia como la del mercado total, por cuanto pretende someter a su lógica absolutamente todos los aspectos de la vida social.

La preponderancia del mercado ha otorgado a los poderes privados económicos una influencia que desborda ampliamente los estadios anteriormente citados. En efecto, se trata de una influencia que va más allá tanto de las relaciones contractuales particulares como de la posición de los operadores dentro de un mercado en particular. En tal sentido, Farjat resalta su influencia creciente en aspectos tan diversos como la cultura, la educación, la información o a la circulación de ideas. Así, aupados por el determinismo económico, los poderes económicos privados han expandido su influencia en detrimento del poder público, al punto de representar un desafío para los principios sobre los cuales se fundamentan las sociedades liberales. Esos desafíos cuestionan los fundamentos económicos de la sociedad, pero se extienden hasta poner en duda los principios democráticos (Farjat, 2004, p. 188) o la soberanía estatal (Farjat, 2000, p. 613).

Ante ello, mediante la noción de economía de derecho, Farjat aboga por la pertinencia de que el sistema jurídico condicione la influencia del mercado sobre la sociedad. Se trata de un control externo ejercido por un tercero imparcial y desinteresado. Esta noción evoca el concepto de Estado de derecho, referente fundador de la modernidad, en cuanto expresa el control jurídico del poder político del soberano en favor de los ciudadanos, quienes son considerados en adelante como investidos de derechos inalienables. De forma análoga, la noción de economía del derecho se erige como un dique que plantea límites al sistema jurídico ante las pretensiones hegemónicas de la economía. Actualmente, la tentación autoritaria viene de la economía, afirma Farjat (2000, p. 635), en consecuencia, de la misma manera en que la noción de Estado de derecho tiene como fin controlar el totalitarismo político, someter la economía al derecho pretende impedir el totalitarismo del mercado.

La tesis de la economía de derecho es formulada una vez más en términos intersistémicos, siguiendo de esa manera a Lhuman y Teubner. En tal sentido, Farjat observa que si bien el sistema económico ha devenido en sistema social dominante, suplantando tanto al sistema político como al sistema religioso, su importancia tiende a ser sobreestimada (Farjat, 2004). Por ello, en lugar de las dicotomías derecho o no derecho, legal o ilegal, lícito o ilícito, Farjat presenta el sistema jurídico como una fuente de valores o principios que deben acompañar la intromisión del mercado en aspectos de la vida social antes insospechados.

Al reivindicar la prevalencia de valores que no se desprenden de la lógica económica, la noción de economía de derecho sitúa a Farjat, una vez más, en oposición a las corrientes dominantes en la materia. En especial, se opone a las tesis formuladas por los teóricos del *law and economics*. Así, en lugar de aleccionar a los juristas sobre la pertinencia de realizar análisis económicos sobre el impacto del derecho, Farjat resalta la importancia del análisis jurídico de la economía (2004, pp. 5-6). De esa manera, reivindica para el sistema jurídico un rol prescriptivo de valores que deben ser atendidos por el sistema económico.

### **3. DE UN DERECHO ECONÓMICO CARACTERIZADO POR EL ESTADO A UN DERECHO ECONÓMICO CARACTERIZADO POR EL MERCADO**

La obra de Farjat da cuenta de la evolución del derecho económico en una trayectoria que va desde una concepción en la que el rol preponderante en esta disciplina es asumido por el Estado hasta la concepción en la que el rol predominante le corresponde al mercado. En tal sentido, en una mirada retrospectiva, Farjat (2004, p. 209) identifica tres edades en la evolución del derecho económico: un primer estadio propio del intervencionismo estatal, un segundo estadio que él identifica con la privatización y en un tercer estadio que él asocia con la noción de regulación. La dinámica de la evolución del derecho económico oscila de la misma manera que la economía, a la que debe seguir de cerca, y así las instituciones centrales de esta disciplina evolucionarían de una manera cíclica.

En cada uno de esos tres estadios, el derecho económico juega un rol específico. El intervencionismo estatal, que Farjat (1963) identifica como un repliegue general de la organización libre de la interacción económica en beneficio de un rol mayor para el Estado, se lleva a cabo esencialmente por medio del conjunto de normas mediante las cuales el Estado impone una orientación específica de la economía. La privatización, en los términos de Farjat, implica un fenómeno inverso, la reducción del ámbito de acción del Estado y el advenimiento de un gobierno privado, una justicia privada y una regulación privada como fuentes centrales del derecho (Farjat, 2003). De allí, el uso por parte del Estado de insti-

tuciones jurídicas propias del derecho privado y el repliegue de la presencia del Estado en los diferentes ámbitos de la actividad económica. Sin embargo, es en el estadio de la regulación en el que el autor reivindica con mayor vehemencia un rol determinante para el derecho. Justamente por cuanto dentro de dicho estadio el mercado ha asumido una posición preponderante en diferentes espacios de la vida social, de manera que la principal —en ocasiones la única— presencia del Estado en dichos espacios se limita a los valores de los que es portador el sistema jurídico.

### 3.1. El derecho económico como expresión del intervencionismo estatal en la economía

Considerado desde la perspectiva del rol que juega el Estado en la economía, el intervencionismo estatal representa el primer estadio en la evolución del derecho económico, en la obra de Farjat. El autor explica el origen mismo del derecho económico como una nueva disciplina jurídica que da cuenta de una mutación fundamental en la sociedad, una transformación caracterizada por una intervención creciente del Estado en la economía (Farjat, 1971, pp. 14 y 398), que implica la antítesis del modelo jurídico liberal. Sin embargo, la naturaleza de la metamorfosis a la que hace referencia no radica en la intervención misma, pues ella ha existido desde tiempos remotos, lo que caracteriza el fenómeno en la intensidad y la amplitud de la intervención estatal. A ello se agregan nuevas técnicas jurídicas de intervención, nuevos campos para la acción económica del Estado y nuevas funciones que dan sentido a la acción estatal.

En cuanto a la intensidad y la amplitud de la intervención del Estado, en este primer estadio, el derecho económico expresa un repliegue drástico de la libre organización de la actividad económica. Ese fenómeno obedece a diversos factores, dentro de los cuales Farjat identifica principalmente aspectos como: 1) la multiplicación de las disposiciones autoritarias que gobiernan las relaciones contractuales privadas (Farjat, 1963); 2) un dirigismo que gobierna directamente y completamente las actividades económicas y contractuales (1963, p. 70); 3) la acción directa del Estado en sectores fundamentales de la economía, por medio de empresas públicas, empresas nacionalizadas o sociedades de economía mixta; y 4) la planificación indicativa mediante la cual el Estado estimulaba a través de beneficios financieros o tributarios a los empresarios privados para que voluntariamente adoptaran las actividades económicas que el Estado consideraba deseables.

En lo tocante a las nuevas técnicas jurídicas de intervención, Farjat destaca aspectos como: 1) la aparición de un derecho constitucional económico que

tiende hacia el reforzamiento del poder del ejecutivo en la intervención económica, en detrimento del parlamento; 2) una evolución del derecho administrativo, que tiende a liberarse de un control estricto de la ley, dotando a la administración de mayores niveles de discrecionalidad; 3) una evolución de la noción de servicio público que tiende tanto a la privatización de la función administrativa como a concebir la actividad de los empresarios privados como una función administrativa; 4) la nacionalización de empresas privadas, que dio lugar al fenómeno del Estado empresario; y 5) una interpenetración del derecho público y del derecho privado por la utilización de técnicas que mezclan instituciones de las dos disciplinas, de modo que en la economía mixta el contrato puede devenir un medio de ejercicio de la soberanía.

En cuanto al campo de acción de la actividad económica del Estado, la transformación fundamental está representada por el abandono de su carácter específico y reservado a ciertos sectores. En el intervencionismo estatal la intervención ha tomado un carácter general e indiscriminado. No hay, en la práctica, ningún sector excluido de la presencia estatal: tanto en la cultura y la industria como en los bienes sociales, el Estado es omnipresente como productor, como consumidor, como banquero. En ciertos casos, las empresas del Estado operan en condición de monopolio; en algunos otros, se encuentran en posición dominante dentro del mercado respectivo. En consecuencia, el peso del Estado en la economía se incrementa considerablemente, otorgándole una influencia determinante en las decisiones económicas.

En lo que se refiere a las nuevas funciones que dan sentido a la acción estatal en la economía, Farjat destaca una intervención social protectora de los más vulnerables. Esta se expresa esencialmente por la prestación de servicios sociales y por la adopción de medidas destinadas a proteger a quienes son identificados como víctimas del mercado. Es el caso de los asalariados, los consumidores, los arrendatarios, los deudores. Dicha función se acompaña de otra función de ayuda dirigida a los poderes económicos privados. Se trata de la política industrial orientada a estimular el desarrollo de grandes grupos empresariales nacionales. Finalmente, destaca la función de coordinación y regulación general de la economía, mediante la cual el Estado atiende las contradicciones económicas y sociales. Se trata de suplir las carencias del mercado o de atender los conflictos que se desprenden de la neutralidad que se exige del Estado y de su condición de primer actor en el mercado.

Conviene resaltar que, si bien es cierto que en el estadio del intervencionismo estatal la libertad económica es objeto de una gran restricción, dicha libertad permanece como una característica fundamental que permite diferenciar el derecho económico en los países capitalistas y el derecho económico propio de los países socialistas. En efecto, el intervencionismo estatal floreció en tiempo

de coexistencias y rivalidad entre los dos sistemas. Farjat dedica una parte sustancial (1971) de su reflexión inicial sobre el derecho económico al análisis de esa disciplina en los países que han consagrado la propiedad pública sobre los medios de producción. En esos países, toda la actividad económica se encontraba sometida a la voluntad exclusiva del Estado, por tal razón, el derecho económico resultaba aún más determinante.

### 3.2. Expresiones de la privatización en el derecho económico

Como en una evolución cíclica, Farjat observa un cambio drástico operado en el derecho económico en las décadas de los setenta y ochenta, con el advenimiento de lo que él denomina el modelo de mercado (Farjat, 2004, pp. 23-24). Se trata de una transformación que se expresa mediante el repliegue del Estado en los diferentes ámbitos y técnicas del intervencionismo. De la misma manera en que el intervencionismo económico se caracteriza por la presencia generalizada del Estado en áreas antes reservadas a la iniciativa privada, la privatización se caracteriza por la invasión de la lógica del mercado en ámbitos antes reservados a la acción estatal. Esto implica, en unas ocasiones, la desaparición total en la obra de Farjat de instituciones emblemáticas del intervencionismo estatal, como la planificación. En otras ocasiones, la tendencia se traduce en la intensificación del uso de instituciones de derecho privado en ámbitos antes reservados a la lógica del poder público.

De manera aguda y anticipada, desde su primer texto, que data de 1963, Farjat hace referencia a un *intervencionismo neoliberal* (Farjat, 1963, p. 65), que él describe como una filiación directa entre liberalismo clásico y neoliberalismo, y que en esa época identificaba como las tendencias que pugnaban por restablecer una libre competencia, una actividad empresarial más dinámica y una inversión privada más vigorosa. Para ello, resultaba necesario restaurar la libertad contractual y suprimir fenómenos patológicos asociados a la libre confrontación de voluntades. Enfrentando el intervencionismo estatal con sus propias herramientas, esa tendencia proponía utilizar la coerción del derecho para evitar la coerción económica del Estado.

La evolución inicia con el abundante uso por parte del Estado de instituciones jurídicas propias del derecho privado. Desde el periodo del Estado intervencionista, Farjat hace referencia a la tendencia estatal a expresarse, cada vez más, mediante técnicas del derecho privado (1963, p. 81). Esto es una consecuencia

lógica de la participación directa del Estado en la actividad económica. Las empresas públicas, al asumir formas propias del derecho privado, son sometidas a los mismos objetivos y limitaciones. El descenso del Estado al mercado exige también que compita con armas iguales, es decir, que renuncie a las prerrogativas propias del poder público. Por ello, las relaciones del Estado con sus competidores son sometidas a una nueva lógica. Así, uno de los competidores en el mercado no puede aspirar legítimamente a imponer a los otros competidores las reglas a las que se deben someter. Este fenómeno se intensifica con el advenimiento del Mercado Común Europeo. En ese marco, las diferentes empresas nacionales deben competir entre sí, sin que los Estados propietarios puedan beneficiar a sus empresas locales.

El Estado termina entonces por someterse al mercado. En ese proceso, va a cambiar no solo la naturaleza pública de las empresas, sino también el rol del Estado como productor de normas y como administrador de justicia. La privatización en el derecho económico se expresa por la multiplicación de fuentes de las que proviene el derecho y por la propagación de medios privados de resolución de controversias. La atención de Farjat se dirige especialmente hacia el poder normativo de los poderes privados económicos (1982; 1998), tema al que dedica los dos artículos citados y un capítulo especial en *Pour un droit économique*. El poder normativo se agrega al poder que se desprende de la concentración económica. Gracias a ella, los estándares normativos adoptados por las empresas privadas pueden tener efectos superiores a las normas estatales. En efecto, las normas adoptadas por los poderes privados pueden tener efectos sobre numerosas personas, en diferentes países, pues ellas se erigen como modelos para jueces, legisladores o autoridades de regulación.

De esa manera, Farjat observa que el derecho se convierte en una mercancía más. La incorporación de estándares éticos o morales por parte de los poderes privados económicos no es ajena a las técnicas de *marketing* o publicidad tendientes a hacer más atractivo el producto. El Estado mismo entra en competencia con otros Estados, ofreciendo como un producto nacional la eficiencia o el atractivo de su derecho. A partir de esas características, aspira a atraer el capital del que disponen los poderes privados económicos que pueden ejercer lo que en la doctrina francesa se ha denominado *law shopping* (Godechot-Patris, 2015). Como ejemplo de ese fenómeno, Farjat (2000) hace referencia a la paradoja de la competencia fiscal desleal entre naciones. En ese caso, los Estados no solo actúan como operadores económicos que compiten en franca lid en el mercado por atraer los capitales internacionales, quienes serían los clientes potenciales, sino que, además, esa competencia se haría con desconocimiento de los estándares éticos a que los empresarios privados se encuentran sometidos.

### 3.3. La noción de regulación: última expresión en la evolución del derecho económico

En el último estadio de la evolución conceptual del derecho económico, Gerard Farjat se une a importantes autores de la doctrina francesa para resaltar el carácter fundamental de la noción de regulación en esta disciplina (Champaud, 2002; Frison-Roche, 2004). El advenimiento de la noción de regulación representa un regreso del Estado al ámbito económico, sin que ello implique el desconocimiento del rol del mercado. Este retorno se fundamenta en las graves crisis económicas a las que ha conducido la expansión exagerada de la lógica mercantil. De manera que se trata, una vez más, de un movimiento pendular en el que se corrigen los excesos de la fase anterior.

Sin embargo, este regreso del Estado no significa para Farjat la vuelta al intervencionismo económico. Lo que deviene importante es asegurar la autonomía del sistema jurídico para que garantice la efectividad de los valores de los que es portador. Este aspecto desarrolla la tesis del autor según la cual el derecho económico solo es comprensible en función de una reflexión sobre sus vínculos intersistémicos (Farjat, 2004, p. 26). En esa perspectiva, la noción de regulación se erige como la nueva institución que desde el sistema jurídico pretende condicionar el funcionamiento del sistema económico y del sistema político. Así, siguiendo la definición del derecho económico como las normas sobre la organización de la economía por los poderes públicos y privados, la noción de regulación tiende a garantizar el control jurídico tanto del poder económico como del poder político.

Se trata, una vez más, de una proposición herética, de la misma forma en que resulta novedosa su propuesta de someter el poder económico al Estado de derecho mediante la noción de economía de derecho (ver 2.2). En el caso de la noción de regulación, la innovación viene del hecho de que ella plantea la pertinencia de condicionar no solo el funcionamiento del sistema económico, sino también el funcionamiento del sistema político: esos dos poderes concentrados en una sola instancia representarían una amenaza. Por ello, en la misma perspectiva iconoclasta, Farjat plantea la conveniencia de explorar una nueva teoría de la división del poder, pues en su concepto resultaría necesario garantizar, también, la separación del poder político y del poder económico (2004, p. 188).

La noción de regulación económica expresa esa tendencia, por cuanto se encuentra estrechamente ligada a la independencia de la autoridad encargada de desarrollar esa actividad: el regulador. La independencia del regulador es la condición esencial de la regulación jurídica moderna, ha sostenido Bertrand Du Marais (2004, p. 518). En tal sentido, una vez más en forma pionera dentro de la doctrina francesa, Farjat dedicó una parte sustancial de su reflexión inicial

dentro de su texto *Derecho económico*, publicado en 1971, al análisis de las autoridades de regulación propias del derecho anglosajón. Su interés se centra en el diseño institucional de dichas autoridades, un dispositivo que persigue evitar la captura del regulador tanto por parte de los poderes económicos privados como del gobierno; de esa manera, las autoridades de regulación independientes se convierten en una técnica de separación del poder, en busca de la protección del interés general. La evolución de su pensamiento lo llevaría a sostener, en 2004, que las sociedades contemporáneas necesitan autoridades de regulación económica de naturaleza pública, pero independientes tanto del poder político del Estado como de los poderes económicos privados (Du Marais, 2004, p. 194).

La relevancia que otorga Farjat a la noción de regulación en el último estadio de la evolución conceptual del derecho económico pone de presente el carácter abierto y evolutivo de su pensamiento. En efecto, pese a ser un crítico de la liberalización de la economía y de lo que en Francia se ha denominado como la americanización del derecho, no duda en apoyar la utilización generalizada que el Estado francés ha hecho del modelo de las autoridades de regulación independientes. Ello pese a que se trata de un modelo institucional asociado con la liberalización económica (Majone, 1997) y a que ha planteado dificultades para su adaptación en los países de la familia jurídica romano-germánica<sup>9</sup>. En su análisis, lo que resulta determinante es la aptitud de esas instituciones para actuar como terceros imparciales y desinteresados que, gracias a sus competencias técnicas, son un mecanismo idóneo para garantizar que el mercado funcione, respetando criterios que no dependen naturalmente de la lógica mercantil.

## CONCLUSIONES PRELIMINARES

La evolución del derecho económico en la obra de Gerard Farjat enseña, en medio de una continua mutación conceptual, la reivindicación de una autonomía propia para el sistema jurídico frente al sistema económico y el sistema político. En la dinámica de transformación de la disciplina, ha sido determinante su metodología particular: el análisis substancial. Esta técnica se aleja de los análisis jurídicos puramente formalistas para interesarse por las situaciones materiales que subyacen a los conceptos jurídicos. De esa manera, garantiza una honestidad y un rigor intelectual que llevan a que el análisis jurídico se distancie de posiciones dogmáticas en materia doctrinaria, económica o política.

A nivel doctrinario, Farjat fue un privatista desprovisto de apegos comunitarios. Por ello, su obra critica tanto a la división derecho público-derecho privado como a instituciones centrales del derecho privado que a su juicio no dan cuenta de

9 Para un estudio a profundidad sobre esas dificultades, ver Sanclemente-Arciniegas (2016).

la compleja realidad, como la división entre las personas y las cosas. En este mismo nivel, pese a haber formulado una definición propia del derecho económico, reconoció su alcance limitado. Por ello, renunció al estéril debate que lo retaba a demostrar que se trataba de un campo que cumplía todos los requisitos para ser tenido como una nueva rama del derecho. En lugar de ello, propuso una perspectiva pragmática dentro de la cual la importancia de esa disciplina radica en su capacidad para condicionar jurídicamente el funcionamiento de los sistemas con los que se encuentra estrechamente relacionada.

A nivel político, la evolución conceptual de la obra de Farjat demuestra que fue un gran jurista. En efecto, pese a tener firmes convicciones marxistas, reivindicó una autonomía para el sistema jurídico que lo llevó a oponerse a su instrumentalización por cualquier corriente política. Otra muestra de ese talante fue su propuesta de un control jurídico del poder económico, tanto cuando este es ejercido por operadores privados como cuando es ejercido por el Estado. De allí se desprende la pertinencia de separar el poder político y el poder económico, fundamento político que explica su apoyo teórico a la noción jurídica de regulación económica y, en especial, a la independencia de las autoridades que ejercen dicha actividad.

A nivel económico, la obra de Farjat se sitúa en una perspectiva crítica frente a la economía de mercado. Pese a ello, reconoció explícitamente el carácter positivo y liberador del mercado, en especial frente a la mujer y los niños. Así, llamó a los juristas a no satanizar la libertad económica, sino a adentrarse en estudios interdisciplinarios. En su concepción, el ejercicio de la libertad económica no es incompatible con el funcionamiento de una sociedad democrática. Sin embargo, para ello es necesario que el sistema jurídico cumpla cabalmente su función, garantizando el respecto efectivo de valores que son ajenos a la lógica del sistema económico, en primer lugar, los derechos humanos.

De esa manera, Gérard Farjat fundó con su reflexión la disciplina del derecho económico en Francia. Su rica propuesta teórica se caracteriza por la continua movilidad de los diferentes conceptos a partir de los cuales articuló la reflexión. La característica evolutiva de su propuesta teórica fue determinada por la dinámica cambiante de la economía de la que fue un atento observador. Así, ha contribuido a forjar los conceptos centrales a partir de los cuales se ha estructurado históricamente el derecho económico. Sin embargo, la importancia histórica de su formulación teórica resulta secundaria. En nuestro criterio, su aporte más valioso tiene que ver con el futuro: la reflexión de Farjat ha trazado una senda adecuada para el desarrollo de esa disciplina en los países de la familia jurídica romano-germánica.

## REFERENCIAS

- Bureau, D. (1997). La réglementation de l'économie. *Archives de Philosophie du Droit*, 41, 317-339.
- Carbonnier, J. (1956). *Droit Civil. Tomo 4: Les obligations*. París: Presses Universitaires de France.
- Champaud, C. (1967). *Contribution à la définition du droit économique*. París: Recueil Dalloz.
- Champaud, C. (2002). Régulation et droit économique. *Revue Internationale de Droit Économique*, 1, 23-66.
- Chevallier, J. (2004). *L'État post-moderne*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Coloma, R. (2016). Las disciplinas jurídicas y su reinención. *Revista Lus et Praxis*, 2, 253-298.
- Du Marais, B. (2004). *Droit public de la régulation économique*. París: Presses de Sciences Po, Dalloz.
- Farjat, G. (1963). *L'ordre public économique*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Farjat, G. (1971). *Droit économique*. París: Presses universitaires de France.
- Farjat, G. (1975). *Droit privé de l'économie: Théorie des obligations, vol. 2*. París: Presses universitaires de France.
- Farjat, G. (1982). Réflexions sur les codes de conduite privés. En *Etudes offertes à Berthold Goldman, le droit des relations économiques internationales* (pp. 47-66). París: Editorial Litec.
- Farjat, G. (1986). L'importance d'une analyse substantielle en droit économique. *Revue Internationale de Droit Économique*, 9-32.
- Farjat, G. (1990). *El derecho y las nuevas tecnologías*. Depalma.
- Farjat, G. (1992). La notion de droit économique. *Archives de Philosophie du Droit*, 37, 27-62.

- Farjat, G. (1998). Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés. En Clam, J. y Gilles, M. (eds.), *Les transformations de la régulation juridique* (pp. 313-333). Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Farjart, G. (1999). *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Philosophie du droit et droit économique quel dialogue?* Paris: Frison-Roche.
- Farjat, G. (2000). Les pouvoirs privés économiques. En *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris: Editorial Litec.
- Farjat, G. (2002). Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 221-232.
- Farjat, G. (2003). Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation. *Revue Internationale de Droit Économique*, 3, 511-531.
- Farjat, G. (2004). *Pour un droit économique*. Paris: Presses universitaires de France.
- Farjat, G. (2010). Au-delà des concepts émergents du droit des affaires. En Le Dolley, E. (ed.), *Les concepts émergents en droit des affaires* (pp. 3-12). Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Freedland, M. y Auby, J. B. (2006). *The public law/private law divide: une entente assez cordiale?* Nueva York: Bloomsbury Publishing.
- Frison-Roche, M. A. (1995). Le modèle du marché. *Archives de Philosophie du Droit*, 40, 286-313.
- Frison-Roche, M. A. (2004). Définition du droit de la régulation économique. En *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, vol. 1 (pp. 7-19). Paris: Presses universitaires de France.
- Gaillard, E. (1985). *Le pouvoir en droit privé*. Paris: Economica.
- Godechot-Patris, S. (2015). Le law shopping en droit civil et comercial. En Dormont, S. y Perroud, T. (coords.), *Droit et marché* (pp. 183-193). Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.

- Josserand, L. (1938). La “publicisation” du contrat. Introduction à l’étude du droit comparé. En *Recueil d’études en l’honneur d’Edouard Lambert* (pp. 143-158). Paris: Sirey.
- Majone, G. (1997). From the positive to the regulatory state: causes and consequences of changes in the mode of governance. *Journal of Public Policy*, 2, 139-167.
- Martin, G. y Racine, J. B. (2013). Gérard Farjat et la doctrine. *Revue Internationale de Droit Économique*, 4(27), 409-418.
- Pirovano, A. (2005). Gérard Farjat, pour un droit économique. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 671-673.
- Racine, J. B. y Siiriainen, F. (2007). Retour sur l’analyse substantielle en droit économique. *Revue Internationale de Droit Économique*, 3, 259-291.
- Racine, J. B. y Sueur J. (2005). Gérard Farjat, pour un droit économique. *Revue Internationale de Droit Économique*, 91-102.
- Ripert, G. (1934). L’ordre économique et la liberté contractuelle. En *Recueil d’études sur les sources du droit: en l’honneur de François Gény* (pp. 347-353). Paris: Sirey.
- Ripert, G. (1936). *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Ripert, G. (1946). *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Ripert, G. (1949). *Le déclin du droit*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Rosanvallon, P. (1999). *Le capitalisme utopique, histoire de l’idée de marché*. Paris: Seuil.
- Sakho, A. (2013). Analyse substantielle et relation de pouvoir. *Revue Internationale de Droit Économique*, 4, 545-555.
- Sanclément-Arciniegas, J. (2016). *L’indépendance du régulateur en France et en Colombie*. (Tesis de doctorado). Paris: Universidad Paris-Dauphine, PSL Research University.

Savatier, R. (1950). *Du droit civil au droit public*. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence.

Supiot, A. (2010). *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*. París: Seuil.

Vohringer, A. (2005). Ripert y su influencia en el concepto de orden público económico: auge y caída de una visión dirigista. *Revista Chilena de Derecho*, 32, 7-18.