

REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXXII

Julio - Agosto 1956

Núms. 338-339

El capitalismo y el Derecho privado en España

SUMARIO.: Introducción. *Lo social en la configuración del régimen político.*—I. *Valor del Derecho civil en la estructura de todo orden jurídico y social.*—II. *Capitalismo y Derecho civil.* 1. Noción jurídica del capitalismo. 2. Su influencia en el Derecho civil y manifestaciones principales: A) Derechos de la personalidad: a) Personas físicas; b) Personas jurídicas. B) Derechos reales. C) Derecho de obligaciones y contratos. D) Derechos de familia y sucesión.—III *Soluciones.* 1. Economía dirigida: A) Lo administrativo y lo económico: abusos de la Administración. B) Supuestas jurisdicciones artificiosas. 2. Configuración de la Empresa: A) Concepciones falsas o parciales: a) La Empresa en el llamado Derecho fiscal. b) La Empresa en el Derecho del trabajo. B) Configuración civil de la Empresa. C) Soluciones de carácter social.—IV. *El espíritu capitalista dominante y su influencia en el Derecho.* A) Atmósfera o clima moral del momento. B) Solución única: Orden social nuevo.

En un trabajo recientemente publicado (1), dedicado a poner de relieve las influencias decisivas del Derecho privado en la estructura del Estado, estudiábamos la inactualidad total de nuestra Ley fundamental en materia de Derecho privado —el Código civil— de fuerte inspiración individualista, incompatible con el espíritu socializador de nuestros textos fundamentales programáticos, así como los obstáculos principales que ofrece el capitalismo a través de los poderes misteriosos de las grandes Sociedades Anónimas y la Banca, para llevar a cabo la imprescindible concordancia entre nuestras Leyes fundamentales en materia de Derecho privado y la realidad de esas medidas revolucionarias que presiden nuestros textos programáticos.

En el presente trabajo vamos a insistir, con nuevos argumentos a la par que ofrecemos nuevas perspectivas, sobre ese capitalismo desorbitado al que sólo el valor permanente de las normas del Derecho civil creo yo que es capaz de frenar, no sin antes comenzar por exponer mi creencia de que *lo fundamental en materia de estructuración del régimen es lo social, y lo secundario la forma o formas políticas que el mismo adopte*. A la inmensa mayoría de los españoles y de los ciudadanos de todo el mundo les importa menos el que el Estado adopte la forma monárquica, republicana, presidencialista, etc., se federe o confedere, que permanezca ajeno a ese movimiento socializador que impera, de modo inexorable, en todos los pueblos de la tierra. Lo primero obedece a circunstancias de tipo afectivo o histórico, como sucede con el mismo Estado, que es «sólo una manifestación histórica de la forma política» (2). La Iglesia también lo ha puesto reiteradamente de relieve al permitir, por ejemplo, la controversia «sobre cosas meramente políticas, sobre la mejor clase de Gobierno, sobre tal o cual forma de constituir los Estados, de esto podrá haber una honesta diversidad» (LEÓN XIII) (3). Lo segundo es un factor necesario e imprescindible para la subsistencia de los pueblos, hasta el punto de que si no es tenido en cuenta por los gobernantes, a medida que

(1) *La estructura del Estado y el Derecho privado*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», abril de 1950, págs. 426-474, y en edición separada: Instituto Editorial Reus. Madrid, 1956.

(2) Cfr. LEGAZ LACAMBRA: «Notas para una teoría de la obligación política», en «Revista de Estudios Políticos», núm. 85, Madrid, enero-febrero de 1956, pág. 56.

(3) Cfr. LEÓN XIII: *Inmort.*, 59. Texto tomado del libro de TORRES CALVO (Angel): *Diccionario de textos sociales pontificios*. Prólogo del Padre Manuel MARINA, S. J. Madrid, 1956, págs. 567 y sig.

las circunstancias se lo exigen, acaban por imponerse violentamente a través de las grandes revoluciones sociales. El Derecho no es creado por las fuerzas políticas y sí lo es por las fuerzas sociales (4), hasta el extremo de que René SAVATIER (5) habla de la proletarianización del Derecho civil, bien como Derecho de clase (6) o estudiando comparativamente las concepciones burguesas y las proletarias en relación con el Derecho civil.

Todo esto me hace pensar—en mi deseo de servir como profesor universitario a quienes están llamados a regir los destinos de nuestra Patria, como ya puse de relieve (7)—en si sería preferible anteponer todo lo relativo a la verdadera estructura social de nuestro régimen a lo concerniente a su estructura política, salvo que se simultanee la tarea que sería, a mi juicio, la solución más acertada.

I

Si nuestro régimen político parte de cuatro concepciones fundamentales—el hombre como portador de valores eternos, la familia como «célula primaria natural y fundamento de la sociedad» (Declaración XII, 3 del Fuero del Trabajo), el Sindicato como instrumento por el que «el Estado cuidará de conocer si las condiciones económicas y de todo orden en que se realiza el trabajo son las que en justicia corresponden al trabajador» (Declaración III, 5) y la Empresa «como unidad productora que ordenará los elementos que la integran en una jerarquía que subordine los de orden instrumental a los de categoría humana y todos ellos al bien común (Declaración VIII, 2)—que constituyen objetos perfectamente delimitados en el campo del Derecho civil, fácilmente se comprenderá el valor representado por sus normas en la estructuración del régimen político por ser la clave de todo orden político y social; no solamente por abar-

(4) Cfr. RIPERT (Georges): *Les forces créatrices du Droit*. París, 1935, página 71 y sigs. ...

(5) *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui*. Deuxième édition. París, 1952, pág. 286 y sigs. ...

(6) Cfr. RIPERT (Georges): *Le Régime Démocratique et le Droit civil moderne*. Deuxième édition. París, 1948, pág. 401 y sigs. ...

(7) Cfr. mi trabajo citado en la nota 1, pág. 47 y sigte., de la edición separada.

car todos los ciclos de la vida del hombre en sus relaciones para consigo mismo y con los demás, sino porque, históricamente, es la única materia jurídica que pervive contra todos los avatares, dando carácter de permanencia a todos los sistemas. Y en toda revolución es preciso contar con lo más permanente, que son las generaciones. Y estas generaciones, formadas por hombres y familias, son las que han hecho que subsistan, aun hoy día, los viejos órdenes romano, germánico y napoleónico en cuanto a su Derecho civil, muchas de cuyas normas, a pesar del tiempo transcurrido, siguen perviviendo en los ordenamientos jurídicos de nuestros días, mientras que de la Administración, la Hacienda y las formas políticas desenhuetas a lo largo de la historia jurídica, no se acuerda nadie más que la arqueología y la investigación (8). El Derecho civil comprende y abarca toda la vida íntima de la nación, y al reflejar en sus reglas todo lo relativo al «estado de la persona, de la familia, de sus agrupaciones y fundaciones, de sus tratos y contratos a la luz directriz del Derecho natural, debe estar sólidamente unido a lo más hondo de la consciencia nacional» (9). El profesor PÉREZ SERRANO —maestro indiscutible en todas las ramas del Derecho, pero Catedrático de Derecho político—ha dicho contundentemente que «el Derecho civil forma la médula del complejo jurídico en un país que se condensa, y sus instituciones tienen repercusión inmensa incluso en lo político, si no es que representan una consecuencia de los principios rectores que en éste prevalecen» (10). El Derecho civil, en definitiva, con su permanencia, es el camino verdadero en la busca de aquel entronque «con la España exacta, difícil y eterna que esconde la vena de la verdadera tradición española» (11). Con razón ha escrito el profesor Álvaro D'ORS (12) que «no hay que olvidar

(8) Cfr. mi trabajo citado, pág. 52.

(9) Cfr. DE CASTRO (Federico): *Derecho civil de España*. Parte General, t. I, 2.^a ed. Madrid, 1949, pág. 116.

(10) *El Derecho civil y los ricos*. Conferencia pronunciada en Valencia el día 30 de mayo de 1950 y editada por el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, s. f., pág. 6.

(11) Cfr. la opinión de JOSÉ ANTONIO PRIMO DE RIVERA: *Discurso sobre la Revolución española*. En Obras completas, Publicaciones Españolas, Madrid, 1952, pág. 565, con DE CASTRO: *Anuario de Derecho civil*, tomo I, fascículo 1, pág. 7, y JORDANO BAREA: *Novos rumos do direito civil*. Separata da «Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa». Lisboa, 1950, pág. 9 y sigs.

(12) *Discurso inaugural leído en la solemne apertura del curso académico 1955-1956*. Compostela, 1955, pág. 9 y sigs.

que, si el Derecho romano fué, en primer lugar, el Derecho que creó y vivió el pueblo de la antigua Roma a lo largo de los trece siglos de su historia, para la cultura europea y universal, no es tanto esta historia de Roma lo más decisivo, sino el hecho de que unos seis siglos después de desaparecer el Imperio romano la Universidad de Bolonia, seguida de otras, se consagró al estudio de los antiguos libros jurídicos romanos, en la forma recopilada en el siglo VI por el emperador de Bizancio, Justiniano. Este «Cuerpo de Derecho» fué así, durante siglos, la obra maestra que formó a los juristas europeos y un cuerpo de leyes aplicable a los juicios. En este sentido, el Derecho romano vino a constituir uno de los fundamentos imperecederos de la cultura europea. La práctica jurídica de Alemania vivió de esas normas romanas hasta hace poco más de medio siglo, y aun hoy, y en la misma España, concretamente en Cataluña y Navarra, aquel Derecho que fué el Derecho romano común a toda Europa sigue siendo Derecho vigente, aunque con valor supletorio.

Todo lo cual hace que, en más de una ocasión, nos haya dejado perplejos el hecho de que, en conversaciones o escritos de algunos de nuestros juristas profesionales, hayamos oído o leído conceptos tan extraños como los que trataban de relegar el Derecho romano o el Derecho civil al papel de viejas momias postergadas por esas ramas nuevas del Derecho que, sin carácter de permanencia—como veremos en el transcurso del tiempo—, surgen al amparo de esa «acelerada» marcha de la legislación—fenómeno común a todos los pueblos—y que, como escribe el profesor Alvaro D'ORS (13), en ese caos moderno de la legislación motorizada, como han dicho algunos, o de elefantiasis legislativa, en frase de otros, el jurista había perdido totalmente su dignidad; se había reducido, no diremos ya al papel de un mero exégeta, sino al de un agente miserable e infortunado agorero de un legislador desbocado. Oprimido por la tiranía legislativa, el jurista se refugiaba, como decía con sal un colega de la Universidad madrileña, en el alivio de la inobservancia. Hasta tal punto la planificación política llega a asfixiar a la prudencia jurídica. Estas—como otras críticas centradas en torno a nuestra posición crítica sobre los nuevos rumbos del Derecho o la legislación, dicién-

(13) *Los romanistas ante la actual crisis de la Ley*, Ateneo. Madrid. 1952, pág. 13.

donos que tratamos sólo cuestiones nuevas sin darse cuenta que lo que ellos consideran nuevo es tan viejo como los verdaderos conceptos jurídicos que dan temperamento de jurista y no de leguleyo o pica-pleitos—son fruto de una falta de formación jurídica elemental, de la que hay que culpar—como también ha puesto brillantemente de relieve Álvaro D'ORS (14)—a «nuestro funesto régimen de oposiciones memorísticas, utilizando para la selección de los especialistas a los que la sociedad confía la conducción de su propia vida jurídica, al verse perfectamente servido por aquella modesta literatura isagógica, ha contribuido también a la esterilización de nuestra actual jurisprudencia. Se ha creado así un como dogmatismo de manual, con lo que se agrava en vez de aliviarse el dogmatismo del positivismo de código. Cuatro gotas, aquí y allá, de Derecho natural escolástico, que no penetran para nada en la trama misma de las instituciones vigentes, sino que son más bien piezas cútelaes y decorativas, no sirven, claro está, para disipar el servilismo positivista de esas exposiciones sistemáticas sin enjundia. De esta suerte, la abstracción sistemática se ha convertido en la más fiel y eficaz aliada del más crudo y embotado positivismo.

Es hora ya de que nuestros juristas, sobre todo los más jóvenes, sepan reaccionar contra esa comodona dejadez de seguir considerando que todo el saber jurídico se concentra y reduce a las nociones de un sistema esquemáticamente expuesto y rutinariamente ingerido en la memoria. Es hora ya de que los juristas, conscientes de su misión creadora, de que son ellos y no el legislador los llamados en primer término a enderezar por el mejor camino la vida jurídica de la sociedad a que pertenecen, a servir de guías, sepan actuar con una plena libertad de su oficio y una libre plenitud de su saber jurídico; percatados de que el progreso del orden jurídico no debe proceder por la vía de una arrolladora e imprudentísima legislación, sino por obra de sus ajustados pareceres de prudencia aplicados a los casos concretos de la práctica cotidiana; percatados de que la realización de lo justo está siempre en lo concreto, y en lo concreto está el campo de su saber creador.

Sería lamentable que nuestras Universidades, empeñadas en una enseñanza puramente sistemática y elemental, dejaran de cumplir ese movimiento liberador que los tiempos reclaman, por creer erró-

(14) Discurso citado en la nota 12, pág. 26 y sigs.

riamente que la misma índole del magisterio universitario repugna toda enseñanza que no sea puramente teórica y sistemática. Pero esto no debe, en modo alguno, confundirse con la pretensión de algunos de que nuestras Facultades de Derecho deben preparar para las profesiones jurídicas. Frente a este error, que empieza a ser demasiado frecuente, podemos contestar con la más rotunda negativa. Porque si las Universidades se propusieran ese mísero fin, sobre todo en el actual régimen de provisión de las profesiones jurídicas oficiales, las Facultades de Jurisprudencia se convertirían en el más ruin monopolio para la repetición de temas de oposición. No; nuestra misión cultural no puede nunca ser ésa. Nuestra misión consiste en procurar una educación de nuestros juristas, a fin de que lleguen a ser verdaderos sabedores de Derecho, hombres de autoridad moral y social, sin más miramientos por el destino que las necesidades vitales les hagan seguir tras la licencia. Porque la Universidad tiene su dignidad. Es cierto que debe servir a la sociedad, pero no debe servir a lo que la sociedad, arrastrada por una visión mezquina de sus intereses, puede pedir; sino a lo que la sociedad realmente necesita; el servicio de la Universidad es el servicio del que ve más allá, un servicio directivo de la sociedad, y en el convencimiento de esta su misión radica la más firme garantía de su misma efectividad».

Hemos traído las brillantes y enérgicas consideraciones del profesor Alvaro D'ORS—además de que merecen ser más divulgadas que lo que un discurso de apertura en una Universidad de provincias desgraciadamente representa—por su oportunidad en una época como la presente, en que nuestra Patria se ve asaltada por un fárrago de legislación no siempre responsablemente construida, sobre todo si se tiene en cuenta que cualquier funcionario se considera lamentablemente con condiciones para redactar preceptos legales, llevando al texto normativo las directrices que le marca el Gobierno de la nación, olvidando que aquella augusta misión debe de quedar reservada a los profesores universitarios, no por un prurito de estúpida superioridad, que estamos muy lejos de sentir, sino porque, lógicamente, somos los obligados a manejar la sistemática en condiciones superiores a los demás funcionarios, ya que no en balde se nos exige una serie de pruebas metodológicas que a los demás sectores jurídicos no se les exigen, además de estar obligados a mantenerlas

y cultivarlas a diario con la sanción, siempre perenne, de los estudiantes encargados de sancionarlas diariamente.

II

Como escribe Georges RIPERT (15), «cuando un jurista fija su atención en el capitalismo, su competencia no alcanza ni al valor de este régimen para la producción o distribución de riquezas, ni tampoco a la suma de virtudes o de males que el capitalismo crea para la sociedad. La contribución que el jurista puede aportar es la de explicar las instituciones y reglas a través de las cuales este régimen se ha instaurado y mantenido o las nuevas instituciones que socavan ya su aparente solidez». Nosotros, como juristas, nos vamos a fijar particularmente en la considerable contradicción existente entre las normas programáticas del régimen político español, que proclama que «el capital es un instrumento de la producción» (Fuero del Trabajo; VIII, 1), y a la realidad social que nos muestra inmediatamente, en una elemental y primaria contemplación, que la vida española sigue desenvolviéndose—nos atrevemos a afirmar que cada día con más provecho—en pleno régimen capitalista. Los economistas tampoco pueden desentenderse de las reglas de Derecho civil. «Las reglas jurídicas—escribe PIROU (16)—forman el primer elemento del cuadro de la vida económica. No se podría estudiar la producción y la distribución de las riquezas y detenerse en la frontera de las tierras vedadas: la ley y el contrato». «El Derecho—escribe BAUDIN (17)—es una cristalización de la Economía».

1. Para el jurista no debe de representar ninguna preocupación. «La idea de capital—escribe TRUCHY (18)—es una de las más confusas que existen». Unos definen el capitalismo con arreglo a la noción técnica de capital, y otros, por el papel preponderante del capital en la producción. Cada economista se siente en la obligación

(15) *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*. Versión española de Quero Morales (José). Buenos Aires, 1950, pág. 2.

(16) *Traité d'économie politique*. Introduction. París, 1939, pág. 292.

(17) *Précis d'économie politique*. París, 1943, pág. 29.

(18) *Cours d'économie politique*, 4.^a édition. París, 1936, pág. 160.

de precisar el sentido de la palabra antes de emplearla. Nada de esto ayuda a la claridad de la discusión. Más fácilmente se llega a un acuerdo sobre la definición del régimen capitalista como la absorción o el predominio por el capital—como elemento de la producción—de los otros dos: trabajo y técnica.

Este régimen es condenable, desde el punto de vista de nuestra posición de juristas católicos, porque—como dice la Encíclica *Quadragesimo Anno*—«primeramente salta a la vista que en nuestros tiempos no hay sólo la concentración de la riqueza, sino la acumulación de un inmenso poder y de una despótica dominación económica en manos de muy pocos. Muchas veces no son éstos ni dueños siquiera, sino sólo depositarios y administradores del capital, que rigen a su voluntad y arbitrio. Esta dominación ejercen, en grado máximo, aquellos que, teniendo en sus manos el dinero y amos de él, disponen los créditos y manipulan los préstamos; y así administran, diríamos, la sangre de la cual vive toda la Economía y tienen en su mano, por decirlo así, el alma de la vida económica, de suerte que nadie podría respirar contra su voluntad. Esta acumulación de poder y de recursos, carácter como nativo de la Economía modernísima, es el fruto que naturalmente produjo la ilimitada libertad de concurrencia, que sólo dejó supervivientes a los más poderosos, que a menudo es lo mismo que decir los más violentos en la lucha, los menos cuidadosos de su conciencia» (19). Para el capitalismo, «está la Patria, allí donde está el bien», según Pío XI (20).

2. Si tenemos en cuenta la inspiración francesa, a través de los Códigos napoleónicos, de nuestras Leyes fundamentales en materia civil y mercantil, podemos decir—con Georges RIPERT (21)—que el capitalismo necesita *un conjunto de instituciones y de reglas* que permitan reunir y emplear los capitales, que aseguren a su posesión la preponderancia en la vida económica e incluso en la política, y que den a la producción y a la distribución el primer lugar en el espíritu de los hombres.

El capitalismo se llamó *liberal* porque había nacido bajo el signo de la libertad y porque creía útil para él vivir en su seno. Pero si

(19) Párrafo 48.

(20) *Quadragesimo Anno*, párrafo 49.

(21) *Aspectos jurídicos...* ya cit., pág. 13 y sigs.

hubiera tenido que contentarse con el Derecho común, no hubiese podido desarrollarse. La libertad no le bastaba.

El Derecho común que está inscrito en el Código civil francés de 1804 es, efectivamente, el Derecho de la sociedad moderna nacida de la Revolución, pero es también el Derecho de la explotación rural del siglo XVIII. Los redactores del Código apenas si prestaron atención a la industria que nacía. El objeto de su preocupación es la propiedad de la tierra, libre de la directa señorial. Los contratos para los cuales da reglas son los contratos que el antiguo Derecho francés ha heredado de Roma: la venta y el arrendamiento se refieren a los inmuebles, la sociedad se presenta en una forma antigua, el arrendamiento del trabajo industrial se asimila al del trabajo doméstico. Para cuanto concierne a la vida de los negocios, el Código remite a los usos de comercio.

Eran tan insuficientes las disposiciones del Código civil, que cuatro años más tarde, y sin dejarse imponer por el gran principio de la igualdad ante la Ley, se hizo un Código para los comerciantes, aunque no se osó decir que se restablecía un Derecho profesional. Ahora bien, este nuevo Código no era más que una copia de las dos grandes Ordenanzas de Luis XIV sobre el comercio terrestre y marítimo. Sus redactores no parecen tener en cuenta la industria que nace. Las empresas manufactureras y las de transportes se encuentran designadas junto a otras, sin que nada indique su particular importancia. Sólo en un punto se percibe el efecto del nacimiento del capitalismo: el derecho de las Sociedades mercantiles está detallado de una manera feliz; la Sociedad por acciones es reconocida por la Ley, y si la Anónima está sometida a autorización, la libertad de constitución se reconoce a las Comanditas por acciones. Hay que señalar esta conquista del capitalismo, que tuvo una gran importancia. Pero en todo lo demás, el legislador da a las actividades nuevas formas jurídicas antiguas.

Es en estas formas donde se desliza el capitalismo. Conserva los nombres y las apariencias. Pero le basta con introducirse en ellas para cambiar profundamente su sentido. El vocabulario y la técnica jurídica nos ocultan la realidad. En efecto, ¿qué hay de común entre el contrato de sociedad concluido entre dos comerciantes unidos por un lazo de fraternidad y la fundación de una Sociedad con miles de accionistas; entre el préstamo amistoso consignado en un documento escrito y la apertura de un crédito consentido por una

Banca ; entre la propiedad de una finca rústica y la de un establecimiento mercantil ; entre el contrato de transporte discutido con el porteador y la expedición de mercancías por ferrocarril, y entre el arrendamiento de los servicios de un doméstico y el contrato de trabajo de los obreros de una Empresa?

El capitalismo puede decir que no pide nada, que solamente necesita libertad y puede repetir : dejad hacer ; pero no hubiera podido hacer nada si el legislador no le hubiese dado o permitido tomar los medios propios a la concentración y explotación de los capitales. El Derecho común no le bastaba. El capitalismo ha creado su Derecho.

Estas consideraciones de RIPERT son aplicables por entero al Derecho español del Código civil. Recientemente hemos llamado la atención sobre el espíritu capitalista de nuestro vigente Código civil (22), basándonos en argumentos que nos creemos relevados de repetir. El fenómeno sobre el que hoy queremos llamar la atención reviste consecuencias mucho más graves, que se traducen en demostrar cómo al capitalismo, en los momentos actuales, no le ha bastado con este espíritu de nuestras viejas leyes, sino que en su afán de desenfrenada codicia ha arbitrado medios para burlarlas a través de las Sociedades Anónimas y de los Bancos, como vamos a estudiar seguidamente, siguiendo la sistemática del propio Código.

A) Ya hemos indicado anteriormente que una de las causas más graves que se derivan del estudio de las cuestiones que presenta el capitalismo en relación con el Derecho civil, es la que supone la anulación de la personalidad, que queda subordinada, en muchos casos, a la fuerza arrolladora del capital, representado por trozos de papel en las acciones y obligaciones de las grandes Sociedades Anónimas, dando lugar, en orden a la esfera de lo que en Derecho civil se viene agrupando bajo el tratado de los derechos de las personas físicas y jurídicas, a las siguientes anomalías :

a) En cuanto a las personas físicas, al poder quedar reducidos los bienes a títulos nominativos e incluso al portador, cae por tierra toda la distinción entre capacidad de derecho y capacidad de obrar, burlándose todas las normas protectoras de los intereses de los menores, incapaces, etc., cuando se trate de enajenar bienes de alguno de ellos sometidos a tutela, y estos bienes sean acciones u obliga-

(22) En el trabajo citado en la nota 1, pág. 13 y sigs.

ciones de Sociedades o se trate de disponer, por cheque al portador, de dinero depositado en cuentas corrientes bancarias.

Ya sabemos que cabe la posibilidad de restringir esta última disponibilidad acudiendo a otros medios, como son la apertura de cuenta corriente sometida a la doble firma del interesado, del tutor, protutor o persona designada por el consejo de familia, pero ello no es obstáculo para que estas garantías hayan disminuído notablemente, ya que la práctica así nos lo demuestra, como también la facilidad para enajenar en Bolsa los títulos-valores, con lo que toda la teoría de las restricciones a la capacidad jurídica de los artículos 32 y concordantes del Código civil puede ser burlada.

Lo mismo sucede con las llamadas prohibiciones especiales de los artículos: 275, relativas al tutor; 1.458 y 1.459, respecto a las prohibiciones de celebrar el contrato de compraventa; 1.334, respecto a las donaciones entre cónyuges, y 1.667, respecto a las de constituir sociedades universales entre determinadas personas.

b) En cuanto a las personas jurídicas, al contemplar los efectos de las Sociedades Anónimas, resulta imposible el concebir ya jurídicamente la personalidad de estas Sociedades, sea cualquiera la dirección doctrinal que adoptemos, pues más que reuniones de personas para conseguir fines que resultaría imposible el alcanzar por sí solas, han quedado reducidas a meras máquinas de capitales en las que el elemento personal ha quedado anulado casi en su totalidad por el capital. Con razón ha escrito RIPERT (23) que para el jurista se trata de un contrato muy antiguo. Pero, durante mucho tiempo, las Sociedades están formadas por dos o más comerciantes que se unen porque se conocen, marcan su acuerdo con el *jus fraternitatis*, obran en nombre colectivo y se presentan ante los terceros ligados por el lazo de la solidaridad y ofreciendo en garantía todos sus bienes. Cuando tienen comanditarios no dejan por eso de ser los dueños de la Empresa, y la Ley prohíbe a los que prestan fondos el inmiscuirse en la gestión. Una Sociedad tal tiene personalidad moral, pero su reconocimiento no es más que un procedimiento técnico destinado a asegurar la separación de los patrimonios. Los asociados obran personalmente y tienen la condición de comerciantes.

Durante centenares de años no se ha conocido otro sistema. Hay

(23) *Aspectos jurídicos...* ya cit., pág. 52 y sigs.

que llegar a la era moderna para encontrar unas Sociedades que se dedican al comercio, sin que ninguna persona física responda con sus propios bienes de las obligaciones sociales. ¡Un comercio sin comerciante! La razón no sabría concebirlo. Es necesario que los bienes de la Sociedad pertenezcan a alguien, que las relaciones jurídicas se establezcan en provecho de alguien y contra alguien. Entonces se imagina que la Sociedad misma es un ser vivo; una *persona ficticia*, se decía en otras épocas; una *persona moral*, se dice hoy, pues se ha juzgado difícil considerar como ficticia una personalidad que se manifiesta con tal fuerza.

Ya los antiguos autores de Derecho mercantil habían tenido la idea de que en el contrato de sociedad se desprende un *corpus mysticum* de la voluntad común de los asociados. Pero esta idea era muy vaga. Veían flotar este cuerpo místico por encima del contrato, como una especie de ectoplasma salido de la personalidad de los asociados. El espíritu ha tomado cuerpo. La persona moral tiene vida y actúa. Ha sido creada por los asociados, pero la criatura es más fuerte que el creador.

Los hombres han poblado el mundo de nuevos seres que no se incluyen en los censos de población y que, sin embargo, tienen tanta vida como las personas físicas. Conocemos a estos seres por su nombre y admiramos su poder. En una ciudad industrial, en un distrito de una gran ciudad, la Sociedad, o siguiendo una expresión más corriente, la Compañía, dirige la actividad de todos los hombres que viven de ella o para ella. Semejante a un señor feudal de antaño, la sociedad mercantil domina y protege.

Las grandes Sociedades aparecerían como tiranos insoportables si pretendiesen dictar nuestros pensamientos u ordenar nuestros actos. Pero como han sido creadas para prestarnos servicio, desempeñan el papel de gigantes bienhechores. No evitan, es cierto, que se declame contra su poder excesivo. Pero incluso aquél que presta oídos con complacencia a la crítica no podría prescindir de los productos de la sociedad mercantil, que declara querer suprimir. Los hombres no están dispuestos a sublevarse contra unos seres que no pretenden en nada mezclarse en su vida familiar o política y que ofrecen únicamente producir, transportar y vender. Incluso no les consideran como competidores, ya que no pueden tener la pretensión de ejecutar por sus solas fuerzas lo que hacen las Sociedades

mercantiles. A veces estos gigantes luchan entre sí; los particulares no intervienen en estos combates.

Además, sería singular que los hombres renegaran de su obra. Las Sociedades por acciones nacen de su voluntad. No hay creación arbitraria por parte de un legislador ingenioso. El instrumento jurídico ha sido construido lentamente y perfeccionado con habilidad. No se ha empleado, desde el nacimiento de la gran industria, por casualidad algunas explotaciones necesitan una acumulación tal de capitales, que era indispensable crear la forma jurídica que permitiese reunirlos. Si se hubiera querido prescindir de la Sociedad Anónima, se hubiese tenido que prescindir también de los altos hornos, de la máquina de vapor y de la fuerza hidroeléctrica. Cuando se le ha pedido el medio de reunir los capitales necesarios para la creación y la vida de las grandes empresas, ha ofrecido la Sociedad por acciones.

No queremos tampoco insistir en los graves peligros que supone la Sociedad Anónima para la permanencia de esos conceptos civiles a que ya hemos hecho referencia anteriormente (24). La confusión puede ser tan grande, que, incluso el ilustre ex Decano de la Facultad de Derecho de París ha llegado a decir que «el jurista es un servidor de la economía» (25), olvidando momentáneamente que, como dice el profesor Federico DE CASTRO (26), se trata de una afirmación incierta como hecho, incompatible con el concepto mismo y la misión verdadera del jurista, que es un servidor de la Justicia Social.

B) Yo no sé hasta qué punto la propiedad de la tierra lleva el mismo camino hacia su conversión en títulos negociables en Bolsa. Lo que sí puedo asegurar es que, en varias ocasiones en que he escuchado conversaciones acerca de la puesta en regadío de tierras de secano, las ofertas de las Sociedades Anónimas no han faltado, y siempre bajo la condición de desvincular de su porción de tierra a los propietarios partícipes y convertirlos en rentistas de la Sociedad Anónima explotadora.

Del concepto individualista que del derecho de propiedad tiene

(24) Loc. cit.

(25) Loc. cit.

(26) *¿Crisis de la Sociedad Anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1950 (edición separada del número 49 de la «Revista de Estudios Políticos»), pág. 56.

el vigente Código civil nos hemos ocupado recientemente (27), pero al menos respeta la vinculación del hombre a las cosas de su pertenencia. El capitalismo, en cambio, a través del fenómeno apuntado, aparta la realidad social actual todavía más de aquel concepto que formulara el Fuero del Trabajo, que cuando se ocupa de ella desaparecen los términos solemnes y solamente se la reconoce como medio natural para el cumplimiento de las funciones individuales, familiares y sociales, y que—como dice el profesor SERRANO (Ignacio) (28)—«calladamente se recoge aquí toda la doctrina escolástica acerca de la propiedad, porque para el Fuero la propiedad no está dotada de derecho inalienable y anterior a toda ley positiva, lo cual quiere sencillamente decir que en tanto la familia es de Derecho natural, la propiedad no lo es. Además no se hace de la propiedad un fin en sí misma, sino un medio para el cumplimiento de ciertos fines, ratificándose de esta manera la finalidad perseguida en la creación de las criaturas, que no es otro que atender a la conservación y perfección del hombre... Y otra de las notas que aporta el Fuero del Trabajo a la propiedad es el aparecer constantemente ligada al concepto de familia, hasta el punto que las otras funciones individuales y sociales palidecen ante las familiares».

«Ya se habla de éstas en la declaración general, pero la íntima unión de los dos conceptos se nos muestra en el Fuero al hablar del huerto familiar, del hogar familiar y del patrimonio familiar inembargable» (29).

La constante multiplicación de Sociedades Anónimas que tienen por objeto la explotación de las propiedades rústicas y urbanas es síntoma indudable de que la legislación fundamental del régimen marcha en contradicción permanente con la realidad social, y que, lejos de favorecerse el desarrollo de aquel postulado del Fuero del Trabajo que dice que «se tenderá a dotar a cada familia campesina de una pequeña parcela—el huerto familiar—que le sirva para atender a sus necesidades elementales y ocupar su actividad en los días de paro», lo que se logrará, a la larga, si no se corta esta desenfrenada carrera, será el que la propiedad se concentre en manos de las

(27) En mi trabajo citado en la nota 1 y en la bibliografía citada en la nota 5, pág. 5, de la edición separada.

(28) *El Fuero del Trabajo. Doctrina y comentario*. Valladolid, 1939, página 34.

(29) *Idem*, pág. 236.

grandes Sociedades, en lugar de aquella multiplicación de propietarios que el Estado está comprometido a realizar, haciendo asequible a todos los españoles las formas de propiedad ligadas vitalmente a la persona humana.

El sentido individualista de la propiedad, del Código civil, se aproxima más—triste es confesarlo—a esta vinculación familiar, que no este otro que apuntamos que puede llegar a la concentración de la propiedad en las manos de grandes Sociedades, cuyos accionistas pasarán a la triste condición de rentistas, desvinculando la propiedad no sólo de la familia sino hasta del trabajo.

C) El contrato cumple preponderantemente una función económica. Es la institución jurídica que pone en relación la riqueza, estableciendo un nexo entre patrimonios e intereses. Realiza en esencia la idea de alteridad connatural entre Derecho y Justicia. Existe buscando una constante trabazón entre la colectividad. Es el elemento dinámico de las relaciones jurídicas frente a la propiedad, que es el estático.

El siglo XIX es el de la hegemonía del contrato en todos los órdenes: económico, político y jurídico. En el económico aparece como exponente del libre cambio; en el político, como base de la libertad individual, y en el jurídico, como proyección y trasunto en la esfera económica de realidades económicas y políticas.

Descansaba el contrato en dos pilares: 1.º Principio de la autonomía de la voluntad, libertad contractual por la cual pueden las partes contratar aquellos efectos que deseen; 2.º Fuerza obligatoria del contrato, que es, en cierto modo, el contrapunto de la autonomía.

Según el profesor ROYO MARTÍNEZ (30), se pueden señalar las siguientes características:

1.º El contrato establece una relación entre las partes, aislada del ordenamiento jurídico positivo. Es decir, crea por sí un ordenamiento jurídico. El Derecho objetivo tiene, frente a este ordenamiento creado por los contratantes, un carácter supletorio: a), cooperando a llenar las lagunas en el contrato; b), o contribuyendo conjun-

(30) *La transformación del concepto del contrato en el Derecho moderno. (La nueva concepción de la revisibilidad del contrato)*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», febrero de 1945, tomo 177, volumen 2.º, págs. 113-169.

tamente, con las declaraciones de voluntad, a producir los efectos jurídicos.

2.^a Hay una delimitación negativa del contenido contractual por parte del ordenamiento jurídico positivo. Delimitación que, más que negativa, es moral, ya que, según el art. 1.255, los contratantes pueden establecer los pactos que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a la moral, a la Ley o al orden público.

3.^a Una tercera característica, base de todas las demás, es la preponderancia de la hegemonía de la voluntad. Pero en un contrato lo esencial es no la voluntad que se ha manifestado, es decir, la que aparece escrita en el documento que se otorgue, sino la voluntad que las partes han querido manifestar. Por ello se trata de llegar a conocer la voluntad interna o psicológica de los contratantes.

4.^a El contrato vale o no como un todo. Es decir, el contrato existe o no existe. O el contrato vale como un todo, o no existe por haber una imperfección en la declaración de voluntad, que por afectar a todo el contrato, hace que éste se derrumbe totalmente.

5.^a Espiritualidad en la forma frente al formalismo del Derecho romano.

6.^a Después de la celebración del contrato, la voluntad queda cristalizada. Si por cualquier causa no quiere cumplirse lo acordado, es forzosamente necesario que se efectúe una novación.

7.^a El contrato es exponente de intereses contrapuestos; tratando los contratantes de por sí, hace resaltar su interés casi con un carácter económico.

En nuestra época se ha producido una crisis del contrato, de su función económica, política y jurídica. Es la institución jurídica que más se ha resentido. Como causas de esta crisis podemos señalar: factores de naturaleza permanente—surgidos con carácter circunstancial merced a una contingencia histórica, pero que permanecen—y factores de naturaleza circunstancial:

Entre los primeros se distinguen: 1.º La propia situación creada por el régimen anterior, que origina el que haya dos grupos enfrentados. Un grupo que está en condiciones de imponer su voluntad; el otro es el de aquéllos que han de someterse a las condiciones contractuales establecidas por las capas sociales superiores. Se produce en estas circunstancias una tendencia de los segundos a agruparse

para luchar contra el capitalismo. Surge la lucha, que no puede ser soslayada por el Estado, y ha de modificarse el sistema contractual. 2.º Exigencia de la Justicia social. Es decir, que se cumpla la Justicia, que siempre ha sido el postulado esencial del Derecho. Este ideal se ha dado en todas las épocas, pero en la actualidad—por razones que son obvias—existe una marcada tendencia hacia la Justicia social, que se manifiesta lo mismo en Encíclicas pontificias que en postulados de todos los regímenes políticos, llegándose incluso a buscar, por medio de la Justicia social, intereses unitarios sobre el Derecho privado.

Entre los de naturaleza circunstancial cabe señalar: 1.º La guerra de 1914-1918 y todos los conflictos bélicos que con ella puedan relacionarse, especialmente la última guerra mundial, han constituido una de las causas principales de esta crisis del contrato. No sólo como hechos materiales, sino también por su gran significación económica y política, ya que contratos concertados pensando en circunstancias normales, tenían que desenvolverse en otras anormales, siendo imposible imponer el cumplimiento de esos contratos. 2.º Con las guerras se produjeron situaciones económicas distintas, ante las cuales no podía permanecer el Estado en situación de indiferencia, sino que era necesaria su intervención en una economía que se encontraba arruinada, repercutiendo esta intervención en el orden contractual. 3.º Algunos regímenes políticos, que entre sus causas de origen figuró la guerra de 1914-18, en particular el fascismo italiano y el nacionalsocialismo alemán, llegaron, mediante la intervención en la vida de las relaciones jurídicas, a la supresión del contrato.

Las actitudes doctrinales sobre el concepto del contrato podemos reducirlas a dos: 1.ª Posición radical, que niega la misma existencia del contrato; teoría que, afortunadamente, no es la dominante. 2.ª Teorías que afirman la necesidad de transformar el concepto y contenido del contrato; admiten que, efectivamente, necesita renovarse el concepto, pero no eliminarse.

A continuación—y siguiendo al profesor ROYO MARTÍNEZ en su magnífico estudio (31)—se pueden señalar los siguientes síntomas de transformación del contrato en el orden doctrinal:

1.º El contrato implica una autonomía de la voluntad, que coopera con el ordenamiento jurídico, tanto natural como positivo y na-

(31) Citado en la nota inmediatamente anterior.

cional. No queremos decir que la autonomía de la voluntad se superponga al ordenamiento jurídico, sino que colabora con él en la determinación de los efectos del contrato. El ordenamiento jurídico no es ya neutro, indiferente, no se desentiende del bien de la Patria y de los individuos dentro de ella, sino que colabora en la mayor medida posible con la voluntad de las partes, teniendo como fin de signo positivo el bien común.

2.º El fundamento vivificador del contrato es doble: el ordenamiento jurídico en cuanto canaliza hacia el bien común la iniciativa privada, que es legítima e imprescindible, y la voluntad privada en cuanto actúa, desenvuelve aquel ordenamiento jurídico.

3.º La voluntad está subordinada al bien común y es libre en cuanto no lo contradiga ni perturbe, y merece protección en cuanto lo fomenta y promueva.

4.º Junto a la noción «voluntad» se refuerza la noción de la «confianza» entre las partes contratantes. De aquí la especial importancia de la buena fe como norma moral que debe envolver las relaciones contractuales.

5.º Otra consecuencia es la de que esa radical antítesis que se establecía entre validez y nulidad del contrato tiende a desaparecer, admitiéndose cada vez más figuras de validez contractual.

6.º La voluntad no muere en la celebración del contrato, ni cristaliza en él, como el último testamento del otorgante tras su muerte. El contrato es un negocio *inter vivos* y en él influyen, durante toda su vigencia, las circunstancias de la vida nacional y la particular de las partes contratantes.

7.º Por último, existe la opinión, muy extendida, de que el contrato no sólo evita la lucha, sino que, principalmente, es el medio más adecuado para fundir las autonomías privadas en espontánea cooperación; la consecuencia del fin de una parte queda en dependencia del fin de la otra, por lo que entre ambos deben de existir desde el momento inicial y ser conservada después una adecuación seria y justa.

En la legislación española y respecto a los síntomas de transformación, podemos afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentran todavía muestras de una transformación general del contrato, aunque parcialmente sí podemos encontrarlas en dos órdenes de ideas:

1.^a Ciertas leyes que sin ser constitucionales tienen, a mi juicio, valor de tales (Fuero del Trabajo y Fuero de los Españoles). En ellas se parte de presupuestos políticos, económicos y jurídicos que son la antítesis del concepto tradicional del contrato y presuponian, para un futuro que hasta ahora no se vislumbra, una ordenación distinta del mismo.

Aunque mencionan muy pocas veces—tal vez ninguna—el «contrato», es evidente que cada alusión a la propiedad, a la riqueza, a la producción, lleva implícita esta referencia, porque a través del contrato se ejercita el *ius disponendi*, se logran las materias primas, la mano de obra y se distribuye la riqueza.

2.^a Los síntomas de transformación se han producido en determinados sectores de la contratación. Los contratos afectados por esta transformación son: los de trabajo, arrendamientos rústicos y urbanos y los incluidos en aquel sector de la economía que, mediante el sistema de tasas, abastos y controles, privan de que pueda contratarse libremente sobre las materias que se encuentran intervenidas con mayor o menor intensidad.

La realidad social actual nos ofrece el siguiente panorama.

1.^o Es cierto—como escribe el profesor BAYON CHACON (32)—que «si hoy examinamos hasta qué punto se encuentran vigentes los preceptos del Código civil y del Código de Comercio referentes a la libertad contractual, observaremos que, sin modificación esencial en los fundamentos de su vigencia teórica, existe una inmensa disminución de su campo práctico de aplicación. Los contratos siguen siendo modo de engendrar obligaciones, conforme al artículo 1.089 del Código civil; sus pactos siguen teniendo fuerza de ley entre las partes, según el 1.091; la libertad de las partes para establecer en aquéllos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes sigue en vigor, de acuerdo con el art. 1.255; pero así como cuando entró en vigor el Código civil, la limitación que por referencia a las leyes establecía el citado artículo era de muy escaso contenido en materia de obligaciones, fuera de los preceptos del propio Código, hoy forma un mundo jurídico de gran extensión». A continuación examina el profesor BAYON estas limitaciones en los

(32) La autonomía de la voluntad en el Derecho del trabajo. Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español. Madrid, 1955, pág. 19.

contratos de compraventa, de arrendamiento de fincas y servicios, préstamo y seguro, afirmando de éste último que se ha convertido en un contrato de adhesión, y en cuanto al Seguro Obligatorio, que «acaba con la manifestación fundamental de la autonomía: la libertad de celebración del propio contrato, que sólo puede evitarse desistiendo del ejercicio de la actividad sobre la que ha de recaer el seguro» (33).

Pero junto a ello, nosotros estimamos que las grandes Sociedades de Seguros, a pesar de las loables restricciones impuestas por el Estado, salvo en cuanto se refiere al Seguro Obligatorio, luchan con una notoria superioridad respecto a la otra parte de la relación contractual que, naturalmente suele ser la más débil, imponiéndole, con carácter previo a la estipulación, una serie de condiciones que no tiene más remedio que suscribir el asegurado.

2.º Lo anterior es una manifestación más del capitalismo y de su influencia en la esfera de la contratación, como lo son también la serie de condiciones previas impuestas por las Compañías de transportes en los contratos de esta clase, incluso por Compañías estatales o paraestatales como la RENFE.

3.º Es cierto que el Estado, en el contrato de trabajo, sometido como ningún otro a normas de rigor y con criterio en extremo loable, trata de poner en concordancia, mediante una acertada política de salarios, la realidad del salario con la vida; pero ya se encarga el capitalismo de dominar incluso al propio Estado —haciendo uso de su fuerza arrolladora y, hasta ahora incontinente—, de hacer ineficaces a la larga las subidas de salarios, mediante el aumento de los precios en las materias básicas y alimentos de primera necesidad, lo que indica, indudablemente, el que la parte más fuerte en la contratación laboral se encuentra en condiciones de una superioridad tan grande con respecto a la más débil, que es capaz de vencer incluso al propio Estado. Y si la misión del Estado es coadyudar —como primaria y principal— a la realización de la *Justicia Social*, es preciso, en este aspecto, proclamar su ineficacia, puesto que —con tanta energía apostólica como brillantez escribe el Excmo. y Reverendísimo señor ARZOBISPO DE VALENCIA (34)—, «¿quiénes son en de-

(33) Citado en la nota anterior, pág. 22.

(34) *Salario justo*. «Boletín Oficial del Arzobispado de Valencia» del día 15 de junio de 1953, año LVIII, núm. 2.588, 2.ª época, pág. 213.

talle las personas reos de ese grave pecado contra la caridad, de *ese grave pecado contra la Justicia Social* —lo subrayado lo es por mí, de ese, muy probablemente *grave pecado contra la justicia comunitativa?*

»Lo son todas las personas de quienes depende, y por cuanto de ellas depende, la entrega del salario familiar absoluto, y no ponen de su parte, cuanto en conciencia deben, para que se lleve a cabo.

»Es decir :

»1.º Si la Empresa es de persona o personas físicas, ellas son los reos ; llámense amos, empresarios, patronos, socios capitalistas o socios industriales.

»2.º Si la Empresa es de persona jurídica, son reos las personas físicas que la integran, en proporción al poder que tengan en ella ; y, por tanto :

- »a) Los Consejeros de Administración ;
- »b) El Consejero Delegado más, tal vez, que los otros ;
- »c) El Gerente ;
- »d) Los socios o accionistas en la medida de sus acciones ;
- »e) Los que prestan su dinero u obligacionistas, en la medida de sus obligaciones.

»Si por ser una Empresa S. A. se creyera desligada del deber de mirar a los obreros como hermanos de las personas físicas que la integran, si se creyera desligada del deber de entregarles el salario familiar absoluto, el S. A. se leería con justicia «sin alma» ; el S. A. sería esencialmente inmoral.

»Si no sólo los Consejeros de Administración, y en particular el Consejero Delegado y el Gerente y los jefes, sino todos los accionistas, llevan buena cuenta de la marcha económica de la Empresa, para que no falle el dividendo jugoso a las acciones y el interés y amortización de las obligaciones, ¿pueden dejar de llevar igual cuenta, mejor cuenta aún si se sienten hermanos de los obreros, de la marcha moral de la misma? ¿Pueden no preocuparse de las condiciones en que trabaja el obrero y del salario familiar absoluto que se le debe?

»Si viven ajenos a ese deber de conciencia no se pueden decir católicos.

»Los mismos obligacionistas tienen el deber de mirar si ponen

el dinero en una Empresa S. A. que sea un monstruo de una sola cabeza productora y de ningún corazón, que condena a la miseria al obrero, a su mujer y a sus hijos. Si lo ponen, contribuyen al grave pecado que venimos detallando.

»Si las Empresas S. A. no son cristianas de verdad, cristianas de verdad como tales, los obreros que no saben en quién centrar su desvío o su odio, lo centrarán contra el andamiaje social del mundo de nuestros días. *Al capitalismo hay que cortar el ismo, bautizando al capital*, para quitar del alma del obrero la ilusión de la peor dictadura, la economía colectivista en que pudiera caer.»

Estas advertencias del ilustre prelado nos dan idea exacta del poder inmenso del capitalismo en la esfera del Derecho de obligaciones, cuyo sentido moral—puesto de relieve hace tiempo por Georges RIPERT (35)—obliga a lo que el señor ARZOBISPO DE VALENCIA llama el «salario absoluto», teniendo las palabras del Prelado español confirmación recientísima en las dirigidas por S. S. el Papa Pío XII a las criadas del servicio doméstico: «Todo el que observa vuestra actual condición—ha dicho Pío XII (36)—ve fácilmente lo lejos que estamos ya de usos y costumbres que en otro tiempo imperaban y parecían casi normales. Gracias a la evolución social, actualmente en acto y en continuo desarrollo, hoy todos los obreros, incluidas las mujeres que atienden al servicio doméstico, tienen reconocidos sus derechos individuales y familiares. *El Código civil italiano regula vuestro contrato de trabajo*—lo subrayado es nuestro—, prescribe la duración del período de prueba, establece los derechos y los deberes de quien está admitido a la convivencia familiar, fija las normas para la retribución, alojamiento, la cura y la asistencia médica en las enfermedades, la previsión social, los seguros generales en los casos y modos establecidos por las leyes. El Código manda también el descanso semanal, el reposo anual y da derecho al conveniente preaviso para cesación del contrato, concediendo también el derecho a la indemnización proporcional a los años de servicio y al certificado de trabajo. La ley interviene, además, para asegurar la concesión de la paga anual extraordinaria y

((35) Cfr. RIPERT (Georges): *La règle morale dans les obligations civiles*. Quatrième édition. Paris, 1949.

((36) Texto publicado en el diario *Ya*, del día 5 de junio de 1956, página 1.

para extender el Seguro de Enfermedad también a las criadas ya jubiladas por ancianidad.

»Esto es ya mucho; pero con todo, no son pocos los que consideran injustificada la diferencia que existe entre vuestras condiciones y las demás obreros, y, por lo mismo, legítimo el deseo vuestro y de todos los que se interesan por vuestra situación *de que se llegue a una solución más justa y estable en vuestras relaciones de trabajo.*»

Hemos subrayado las palabras relativas al Código civil italiano para poner de manifiesto cómo el Código más moderno regula, entre sus relaciones, verdaderos contratos de trabajo, dando estabilidad en sus normas, no siempre lo estables que deberían de ser en los países de legislación fragmentaria y dispersa, así como sin normas, que carentes de una jerarquía superior no resultan lo más apropiadas para establecer los principios fundamentales de contratos que, como el de trabajo, son básicos para la realización de la Justicia Social.

También advertimos con tristeza la diferencia existente entre la regulación del servicio doméstico que hace el Código civil italiano con la pobreza de nuestra legislación civil, reducida al pobre texto legal de los arts. 1.583 al 1.587 del vigente Código civil, y nada más.

C) Si del Derecho de obligaciones pasamos a los derechos de familia y sucesiones veremos que, además de lo ya escrito acerca de las desvinculaciones de la propiedad a la familia—al tratar del derecho de propiedad y demás derechos reales—cómo al poderse reducir considerables cantidades de bienes a dinero y a títulos valores—especialmente los negociables en Bolsa—pueden resultar burladas las siguientes disposiciones:

1.^a Todo lo relativo a las garantías exigidas por el Código civil y la Ley Hipotecaria respecto de los bienes parafernales, dote y bienes de los hijos cuando el cónyuge superviviente contrae segundas nupcias (art. 168 de la Ley Hipotecaria y concordantes del Código civil).

2.^a Lo mismo en cuanto a los bienes reservables de los arts. 811, 968 y concordantes del Código civil en relación con el citado de la Ley Hipotecaria.

3.^a Todas las disposiciones tendentes a asegurar la legítima de los hijos, que puede quedar burlada ante la realización del capital por el padre en favor de cualquiera de los hijos con preterición de

todos los demás, siempre que este capital esté representado por acciones de Sociedades u otra clase de títulos de fácil negociabilidad, con lo que los principios del nuevo Derecho sucesorio en torno a la acentuación de la intervención del Estado en pro del refuerzo de la sucesión legal para defender los intereses de la familia también son arrollados por el capitalismo.

III

Una de las ideas más felices de cuantas he oído en estos últimos tiempos fué la que escuché al excelentísimo señor Ministro Secretario General del Movimiento, don José Luis de ARRESE, al decir que la crítica debería de partir de los propios militantes, en un deseo de perfección de nuestras instituciones. Por razones ya expuestas recientemente, en otra ocasión (37), cuando a la cualidad de militante se une la de Catedrático de la Facultad de Derecho, el deber de exponer con sinceridad las consideraciones críticas se torna en inexorable. Pero vivimos en un país en el que—junto a una serie de excelsas cualidades—domina lo que, en el lenguaje del funcionario público se llama «espíritu de cuerpo», que llega en ocasiones a anteponerse a los supremos intereses de la Patria, ante las críticas a cualquiera de sus miembros por cualquier obra—aunque, como las de elaboración de las leyes, ejercida indebidamente, no les competa ni poco ni mucho ni nada—, realizada con intervención de cualquiera de sus miembros. Ello nos hace proceder con cuidado al tratar de estas cuestiones, no sin antes volver a insistir en que el ejercicio de la función legislativa corresponde, en la orientación y directrices de los Proyectos de Ley, al Gobierno, y su redacción debe de realizarse por los Catedráticos, ya que, además de poseer el conocimiento de los sistemas y de la metodología—que no tiene por qué conocer el funcionario público en general, cualquiera que sea su título—, no siente, afortunadamente, ese «espíritu de cuerpo», tan nocivo para el perfecto desarrollo de nuestra política legislativa.

Hécha esta advertencia, que nos obliga a ser prudentes y a abstenernos, por ahora, de la cita de una serie de leyes modernas, que

(37) Loc. cit.

por su total asistemática e inactualidad, así como por marchar en discordancia con la realidad social, se promulgaron y no han sido aplicadas, hasta ver si se consigue acabar también con ese «espíritu de cuerpo»—una de las causas principales de nuestro retraso legislativo, vuelvo a repetir—, pues, de lo contrario, creo sinceramente que inmediatamente de publicar este trabajo se desencadenaría una crítica furiosa y despiadada contra su autor por las baterías de funcionarios de los respectivos «cuerpos», que al considerarse omniscientes no admiten críticas de ninguna clase, por muy constructivas que parezcan.

Ya hemos escrito en otra ocasión—aunque lo haya sido incidentalmente (38)—acerca del verdadero sentido y de la necesidad de la crítica. Tampoco renunciamos en un porvenir próximo a ocuparnos de este «espíritu de cuerpo» tan arraigado y tan nocivo en España. Por ahora nos limitamos a expresar nuestra opinión en torno a que este «espíritu de cuerpo»—junto con otras causas, naturalmente—tal vez no permanezca muy ajeno al hecho censurable de que España—la España triunfante del Glorioso Movimiento Nacional—no tenga, a los veinte años de ese triunfo, ni un único Código civil de los españoles, ni unas Leyes Procesales que hagan la justicia más rápida, sin atar al Juez a formulismos arcaicos y en contraposición con la augusta misión de administrar justicia—la alegue o no la parte que tenga la razón en el pleito, puesto que la Justicia es sólo una e inmutable—, ni un Código del Trabajo, que, dado el inmenso y valioso material que el Gobierno de la nación ha suministrado a los juristas, podría constituir un monumento legislativo más de los integrantes de nuestra gloriosa tradición jurídica, ni tampoco esa proliferación de *instituciones de hecho* que están esperando de la técnica jurídica que supla las deficiencias de una legislación, llevada a la realidad del «Boletín Oficial del Estado», en su redacción, por quienes carecen de aptitud y de imparcialidad para redactarla (39).

Por todo ello—y ante el necesario trance de aportar soluciones—

(38) En mi trabajo: *El Nacional-sindicalismo español y la Doctrina social de la Iglesia*, publicado en la «Revista de Derecho del Trabajo», reproducido en el «Boletín de Divulgación Social», y editado en separata. Madrid, 1956, pág. 40 y sigs. de la edición separata.

(39) Cf. SAVATIER: *Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui: structures matérielles et structures juridiques*. En *Le Droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes a Georges RIPERT*, tome I. Paris, 1950, págs. 75-92.

hemos de comenzar esta parte poniendo de relieve la necesidad de acabar con una caótica y contradictoria—en muchos casos—política legislativa, fruto de una serie de discordancias entre los diversos departamentos de la Administración Central que hay que cortar, ya que—como escribió Eugen HUBER (40)—«¿cuál es la posición del legislador frente a estos fenómenos? ¿Queda libre para prescindir de ellos o, por el contrario, habrá de contar con ellos como realidades?». La contestación a esta pregunta no puede ser otra sino la de que *las condiciones de un derecho tradicional habrán de considerarse como realidades en cuanto esta realidad esté fundada y sostenida por todas las demás realidades*. Mediante la implantación de nuevas condiciones jurídicas, la legislación no podrá transformar un estado agrícola en estado industrial, a lo menos mientras no existan los supuestos correspondientes al estado a que se aspira. Recordemos los ensayos que se hicieron por los fisiócratas o las nuevas perspectivas que pueden ofrecerse como consecuencia de los sistemas proteccionistas. En definitiva, la transformación depende de que se produzcan las adecuadas condiciones naturales, cuyo desenvolvimiento puede ser, en cierto modo, condicionado, pero nunca creado por la legislación. Es sumamente instructivo seguir paso a paso a la legislación en sus esfuerzos para adaptarse a las condiciones económicas existentes. Si volvemos la vista a la economía natural de los primeros siglos de la Edad Media, podemos observar la formación de los grandes señoríos, cuyo desarrollo se inicia, sobre todo, a partir de las dinastías francesas. La legislación ha tenido que adaptarse a este primer momento del desarrollo económico, hasta tal punto que el entero orden jurídico llega a estar por él influido. Los sistemas benéficos y feudales tuvieron entonces la máxima importancia. El crecimiento de la población, la formación de capitales, la mejora de las comunicaciones, concluyeron por sobreponerse a este estado primitivo y surgieron nuevas condiciones, a las cuales la legislación hubo de adaptarse de nuevo para producir el nuevo orden jurídico. Semejante proceso se observa al transformarse el trabajo manual en el maquinismo, sustituyendo a la contraposición de maestro y oficial el de patrono y obrero. Imaginémonos si bajo el régimen

(40) *El Derecho y su realización. Problemas de legislación y de filosofía del Derecho*. Traducción española de Hertha GRIMM, revisada y con un estudio preliminar de F. RIVERA PASTOR, volumen segundo, Madrid, 1929, página 71.

de cualquiera de estos sistemas económicos se plantease a la legislación un problema que excediese los supuestos del hecho económico así entendido, pretendiendo que la legislación hubiese de resolverlo; la legislación no podría hacerlo por faltarle la base natural para ello. De condiciones que cambian, surgen tareas diferentes. Y así es como los órdenes económicos se manifiestan como reales de la legislación propiamente dichos.

«La tarea legislativa no puede moverse sobre el vacío teniendo la nada por objeto. Tiene que servirse de la materia que está ya dada, y esta materia es la tradición quien la suministra... (41); de donde resultará inevitablemente *un examen comparativo de lo antiguo y de lo moderno, y como consecuencia, la afirmación del orden jurídico existente como real de la legislación*. Pero sería inexacto imaginarse esta condicionalidad, impuesta por el orden existente, como una cadena, como un obstáculo. Pues, por el contrario, muchas veces esta atención ofrece la oportunidad más feliz y satisfactoria en la reforma del Derecho, que es conseguir el tránsito a las nuevas estructuras, tomando como base las antiguas y sin que se produzcan agitación y trastorno algunos» (42).

¿Cómo realizar esta concatenación del Derecho conjugando nuestra tradición jurídica con la realidad social presente? (43). La primera tarea será la de ir analizando las posibles soluciones, descartando las que no resulten factibles en su esencia o en el modo de ser realizadas, a la par que trataremos de concluir con la que, a nuestro juicio, nos parece la única aceptable.

1.—Se habla de *economía dirigida*, aunque sobre lo que se quiera decir sobre este concepto aparezca expuesto con grandes contradicciones entre los propios economistas (44), llenando de confusiones al jurista. Según Georges RIPERT (45), «la expresión *economía dirigida* ha hecho fortuna rápidamente. Se llama también *dirigismo*. ¿La dirección de la economía va a minar las bases del capitalismo?

(41) Citado en la nota anterior, pág. 74.

(42) Idem, pág. 75.

(43) Sobre estos problemas resulta interesante el reciente libro de MONIER (Raymond), CARDASCIA (Guillaume) e IMBERT (Jean): *Histoire des institutions et des faits sociaux des origines à l'aube du moyen âge*. Editions Montchrestien. París, 1956, cuya lectura estimamos de suma utilidad.

(44) Cfr. el estudio de HÉMAR (Jean): *L'Economie dirigée et les contrats commerciaux*. En el volumen II del libro citado en la nota 39 de este trabajo, pág. 341 y sigs.

(45) Aspectos jurídicos... ya cit., pág. 220.

¿Puede éste abandonar una parte de sus posiciones esenciales y, no obstante, salvar la forma de economía que ha creado? Es un problema que se discute con pasión». Junto a las diversas maneras con que la doctrina entiende el dirigismo y el confusionismo conceptual apuntado, RIPERT acepta el concepto dado por LHOMME, según el cual «es la política mediante la cual una autoridad intenta organizar y hacer funcionar la economía con arreglo a un plan metódico», y BAUDIN afirma que «hay economía dirigida cuando el Estado ejerce una acción general y continuada conforme a un plan» (46).

«Retengamos—dice RIPERT (47)—las palabras: *política, autoridad, acción del Estado y plan establecido*, que son suficientes para advertirnos que entramos en el dominio jurídico. A los economistas no les gusta confesarlo. Quisieran ser dirigistas sin caer bajo la dominación de los juristas. Pero no pueden conseguirlo.

»La palabra Derecho viene de *directum*. El Derecho dirige las acciones humanas. Si es necesario dirigir la economía, a los economistas corresponderá, indudablemente, decir por qué y hacia qué fin, pero sólo los juristas podrán decir mediante qué reglas y sanciones. Los unos, fijarán el fin; los otros, los medios. De nada serviría perseguir un fin que ningún medio permitiría alcanzar.

»Cuando se habla de leyes de la economía, no se trata de leyes naturales que tienen un carácter de fatalidad. Las leyes que deben regir la economía son leyes positivas, es decir, reglas dictadas y sancionadas por la autoridad pública. La economía dirigida es una economía que se coloca bajo la obediencia del Derecho positivo». Veamos, pues, con qué límites y de qué forma, a nuestro juicio, puede dirigirse la economía, no sin antes rechazar la similitud que pretende insinuar JIMÉNEZ DE ASÚA (48) entre la economía de los países que él llama de «régimen autoritario» y los de economía «dirigida» o «encauzada», ya que, según Georges RIPERT (49), la dirección de la economía no es propia del carácter exclusivo de esos regímenes y sí, por el contrario, de los países cuya economía ha sufrido serios quebrantos, como sucede con la misma Francia, que «a

(46) Citados por Georges RIPERT: Op. cit. en la nota anterior, pág. 221.

(47) Loc. cit.

(48) *Tratado de Derecho penal. Tomo I: Concepto del Derecho penal y de la Criminología. Historia y Legislación penal comparada*. Editorial Losada. Buenos Aires, 1950. pág. 47.

(49) *Aspectos jurídicos...* ya cit., pág. 256.

partir de 1939, y sobre todo después de 1940, la economía francesa ha sido dirigida por el Estado con el concurso de los Comités de organización creados por la Ley de 16 de noviembre de 1940. No se puede decir que esta dirección haya sido acogida con mucho favor, pero hay que reconocer que se ha aplicado a una economía de miseria».

¿Por quién tiene, en caso de necesidad—como creemos que existe en España—, que ser dirigida la economía?

A) Un gran sector de nuestros funcionarios identifica erróneamente la dirección de la economía con la necesidad de que sea el Estado, precisamente, quien asuma esta dirección, dando lugar a un confusionismo—existente hoy en la realidad social española—entre lo administrativo y lo económico, incompatible, incluso, con el propio concepto del Derecho.

El dirigismo económico implica siempre una modificación en la esfera de los actos reservados a la vida privada—en cuanto a las relaciones jurídicas, se entiende—, que sólo a través de normas encuadradas en la esfera jurídica de las que, momentáneamente o con carácter permanente si son tendentes al bien común, las sustituyen. Lo contrario sería dar una superioridad, que no tiene o no debe de tener, al Estado sobre la persona humana o individuo en la esfera de unos derechos que, cuales los que afectan a su personalidad y que son de carácter indeclinable, sólo podrían ser concebidos en una concepción totalitaria—empleando la acepción que al término totalitario se le asigna en relación con el régimen soviético—del Estado (50), sin que por ello neguemos la necesaria—pero nada más que la estrictamente necesaria—intervención del Estado, con la dureza, incluso de la Ley penal, en aquellas cuestiones que, por su trascendencia social y en defensa del bien común, tiene la obligación inexorable de intervenir.

Creo sinceramente que en los actos enmarcados en la esfera de los derechos de la personalidad—en el sentido amplio de concebirla con derechos inalienables y titular de un patrimonio—debe de dejar el Estado un amplio campo de dirección de la economía a los Sindicatos Verticales. «Si se trata de establecer un plan general de pro-

(50) Cfr., a este respecto, el estudio de BRETHE DE LA GRESSAYE: *Droit administratif et droit privé*. En el libro citado en la nota 39 de este trabajo, tomo I, págs. 304-322.

ducción y distribución—dice RIPERT (51)—y de hacerlo ejecutar, no se puede pensar en dictar sus reglas por medio de leyes, ni tan siquiera por decretos u órdenes. Es necesario imaginar autoridades nuevas, lo que no es cosa fácil.

»En la antigua Francia, una organización corporativa, por otra parte bastante complicada, regía la economía. Este régimen se ha hundido, y las instituciones no renacen. La organización de las profesiones es una cosa conveniente, y en este sentido se han realizado progresos. Pero, de momento, no parece que nadie está dispuesto a aceptar un poder corporativo. Los acuerdos industriales han levantado demasiadas críticas para que se pueda esperar que se conceda una confianza suficiente a la intervención directa de los interesados».

Estas consideraciones de RIPERT—muy atinadas por cuanto se refieren al régimen político francés—pueden ser soslayadas en nuestro régimen, bastando con poner en vigor la Ley de 26 de enero de 1940 sobre Unidad Sindical, en relación con la Ley de Bases de la Organización Sindical de 6 de diciembre de 1940, que parte—como dice su Exposición de Motivos—«de considerar a todos los productores españoles como miembros de una gran comunidad nacional y sindical. El sistema de los Sindicatos del régimen no se configura, por tanto, como una red de agrupaciones privadas a las que el Estado confiera competencias más o menos importantes, sino que, de acuerdo con aquel principio de los Veintiséis puntos, que concibe a España, en lo económico, como un gigantesco Sindicato de productores, *la sindicación viene a ser la forma política de la economía entera de España...* Los Sindicatos nacionales, de carácter predominantemente económico, llevan al Gobierno las aspiraciones y necesidades propias de cada rama de la producción y tienen la responsabilidad de hacer cumplir, en la esfera de su competencia, las normas y directrices que el Estado dicte como supremo rector de la economía...»

La dualidad de servicios y funciones estatales y sindicales, la falta de poder coactivo para imponer los acuerdos sindicales por jerarquía de verdaderas normas, el frecuente olvido por parte del Estado del carácter de verdaderas personas jurídicas—de carácter único por cuanto se refiere a las relaciones de trabajo, según la let:a

(51) *Aspectos jurídicos* .. cit., pág. 243.

de una de las leyes más importantes del Estado español—, con derechos inalienables—en cuya esfera no puede penetrar ni el propio Estado—, son hechos evidentes que, junto a la escasa eficacia sindical actual, nos abren un amplio camino de esperanzas si el Estado se decide a cumplir con lo ya legislado, puesto que—como dice OLIVEIRA SALAZAR (52), gran político y Catedrático de Economía—, no se puede aspirar a constituir un Estado equilibrado y fuerte sin la coordinación y desenvolvimiento de la economía nacional, que, hoy más que nunca, ha de formar parte de la organización política. En este punto radica la mayor transformación constitucional práctica que hay que realizar en todas las naciones civilizadas. Por eso es necesario sustituir el individualismo liberal por normas y condiciones encaminadas a orientar y fomentar la producción, a desenvolver la riqueza general, a establecer la suficiente armonía en el medio social bajo la protección del Estado. Ello supone la subordinación del organismo económico al engrandecimiento político, moral, social o material del país y al poder y fuerza del Estado.

Lo que no hace el Estado portugués es confundir a Dios con el César, otorgando a éste atribuciones que sólo competen a aquél. Y huyendo de ambos extremos—de la debilidad y de la omnipotencia del Estado—, construye un Estado fuerte, pero limitado por la moral, por los principios del Derecho de gentes, por las garantías y libertades individuales, suprema exigencia de la solidaridad social. Los fines del Estado, según el art. 6.º de la Constitución portuguesa, son: 1.º Incumbe al Estado promover la unidad y establecer el orden jurídico de la nación, definiendo y haciendo respetar los derechos y garantías impuestos por la moral, por la justicia o por la ley de los individuos, de la familia, de las autarquías y de las otras personas colectivas públicas o privadas. 2.º Coordinar, impulsar y dirigir todas las actividades sociales. De esta manera, el Estado portugués es un Estado fuerte, pero no un Estado omnipotente. Un Estado que establece el orden jurídico de la nación, que tiene derecho a intervenir en todas las actividades sociales, pero para coordinarlas, impulsarlas y dirigir las; para establecer entre ellas la debida jerarquía, pero no para absorberlas y coartarlas.

B) Como dice el maestro CASTÁN (53), «no se puede culpar a

(52) *El pensamiento de la revolución nacional*. Editorial Poblet. Buenos Aires, 1939, pág. 104 y sigs.

nuestro actual régimen político de no haber dado a los problemas de la justicia aquellas definitivas soluciones que no supieron o no pudieron encontrarle los regímenes anteriores. Lo que hemos de hacer, reconociendo lo mucho que tenemos ya conseguido, es poner todo cuanto esté de nuestra parte para que la organización judicial siga su senda de perfeccionamiento».

En esa senda de perfeccionamiento debe de ocupar un lugar preferente la tendencia a la supresión o progresiva restricción de las jurisdicciones especiales y, consiguientemente, retorno al antiguo principio de la unidad jurisdiccional en beneficio de la más clara independencia de los órganos judiciales (54), aunque nos interese hacer constar—para no ser tachados de ese nocivo «espíritu de cuerpo» a que nos hemos referido en páginas anteriores— «que —como escribe don Manuel DE LA PLAZA (55)—, aun cuando la jurisdicción sea una atribución privativa de los llamados a aplicar la voluntad de la Ley en los casos concretos que se susciten, no pueda identificarse la función jurisdiccional con la judicial, ya que aquélla tiene un contenido más amplio y puede no estar reservada a los que ejercen jurisdicción en el orden puramente judicial».

Lo que ya no parece tan claro es el que funciones propiamente jurisdiccionales sean ejercidas por la propia Administración, máxime cuando, como resultado de los fallos de esos organismos, pueda llegarse hasta la imposición de penas pecuniarias y subsidiariamente de privación de libertad—en muchos casos superiores a las impuestas por los Tribunales que ejercen la jurisdicción penal ordinaria—, equivalentes en su cuantía—en los casos que así lo pudiese estimar conveniente el Consejo de Ministros—a la confiscación de bienes. Tal sucede con las llamadas Fiscalías de Tasas.

Hemos de comenzar por advertir que el establecimiento de estos organismos no es exclusivo de España, puesto que la republicana y liberal Francia cuenta con organismos parecidos. La ley francesa de 31 de diciembre de 1926 comenzó por castigar el beneficio exagrado, modificando los arts. 419 y 420 del Código Penal francés, para

(53) *Poder judicial e independencia judicial*. Discurso de apertura de Tribunales leído en 15 de septiembre de 1951. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1951, pág. 62.

(54) *Idem*, pág. 64.

(55) *Derecho procesal civil español*. Volumen I, tercera edición. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1951, pág. 125.

averiguar si la ganancia es el resultado del juego natural de la oferta y la demanda. La Ley de 21 de octubre de 1940 y la Ordenanza de 30 de junio de 1945, sobre los precios, obligan a determinar los practicados en el mercado el 1.º de septiembre de 1939 y, por tanto, a apreciar la calidad de los productos vendidos.

Pero el que el sistema sea seguido por otros países no quiere decir que nosotros—de acuerdo también con ilustres juristas de esos otros países—no censuremos el que las Fiscalías de Tasas no constituyan—en su organización y funciones—una intromisión censurable de la Administración en la esfera de la jurisdicción.

Los inconvenientes que se siguen de esta práctica son numerosos y graves. Como escribe Georges RIPERT (56), «los agentes de la inspección económica, que reciben el derecho de penetrar en el domicilio de los particulares y el de comunicación de antecedentes por parte de las Administraciones públicas. Estos agentes carecen muchas veces de la competencia necesaria y la moralidad de algunos de ellos es puesta en entredicho. Se han visto desarrollar prácticas deplorables, como la denuncia, que ha sido tan funesta en, estos últimos años, e incluso la provocación a cometer el delito, emanada de los agentes de la autoridad, práctica de tal manera inmoral que los Tribunales han vacilado en condenar a aquellos que habían cedido a la tentación... En esta situación (57), el legislador únicamente puede contar, para asegurar la aplicación de la ley, con la gravedad de la pena. Llega a una cuantía en las multas que es ridícula, porque su importe no podrá hacerse efectivo. La cifra de veinte millones de multa está inscrita en la ley, que añade la prisión hasta de diez años y niega los beneficios de la condena condicional y las circunstancias atenuantes. Después se pasa a los Tribunales de excepción, a las penas de carácter criminal y a la confiscación general de bienes, que habíamos desterrado del Derecho francés, sin perjuicio del internamiento administrativo y del cierre del establecimiento. La represión se convierte en draconiana, sin que haya llegado jamás a suprimir los delitos... La ley concede entonces a la Administración el poder de juzgar (58). Es ésta una gran novedad, pues con arreglo a la tradi-

(56) *Aspectos jurídicos...* ya cit., pág. 251 y sigs.

(57) *Idem*, pág. 253.

(58) En determinado Proyecto de Ley español se llegó a pretender que las decisiones de la Administración tuviesen fuerza para vulnerar las sentencias de los Tribunales. Afortunadamente, las Cortes Españolas impidieron esta enormidad.

ción los empleados públicos no son jueces, y en esta separación de Autoridades nosotros vemos una regla esencial del Derecho público. Se han creado sanciones administrativas de carácter represivo. Antigüamente, en un régimen de economía liberal, solamente las personas beneficiarias de concesiones o de tolerancias administrativas podían ser objeto de tales sanciones. Pero, bajo un régimen de economía dirigida, se supone que es el Estado quien otorga a los comerciantes e industriales el derecho de explotación, y la sanción administrativa puede alcanzarles. Incluso llegará hasta el consumidor que infringe la reglamentación establecida.

Al mismo tiempo se abandonan los principios de Derecho penal. Ya no es únicamente la ley la que crea la infracción, sino también el decreto, la orden ministerial, los reglamentos de los organismos profesionales y las decisiones de los repartidores. Las penas son muy variadas: confiscación, multa (a veces disimuladas bajo el nombre de canon o de contribución y fijadas, en algunos casos, con arreglo a las facultades contributivas del delincuente) y privación o restricción de la libertad. Las sanciones pueden acumularse unas a otras, e igualmente las penas. La comprobación de las infracciones está confiada a agentes administrativos, y en ocasiones a agentes privados o incluso a miembros de los comités. El procedimiento de represión, a menudo, no está regulado por los textos legales. Los recursos no están siempre reglamentados.

Se considera la sanción administrativa como «la manifestación de un derecho público disciplinario, de un derecho administrativo represivo», y se afirma que este nuevo derecho y, sin embargo, conforme a la tradición, se integra en el conjunto de nuestro Derecho administrativo. No por eso dejamos nosotros de sentir una seria inquietud al ver abandonar por ese nuevo Derecho las reglas que nosotros consideramos como protectoras de nuestra libertad.

Otra consecuencia funesta en grado sumo también es señalada por RIPERT (59), cual es la de que «en adelante, el legislador no puede dar crédito a la conciencia y a la buena fe de los interesados, pues la moral no aparece comprometida en la observancia de la ley. La violación de la ley no se considera ya por los particulares como una falta. Existe, piensan ellos, un derecho de legítima defensa

(58) *Aspectos jurídicos...* cit., pág. 248.

contra la acción arbitraria del Estado. En su consecuencia, la desobediencia a la ley deja de ser tenida como culpable.

«La violación constante de la ley habitúa a los hombres a pensar que lo que no es respetado no es respetable. La ley cae en desuso o sobrevive gracias a continuas modificaciones. Pero al ser modificada continuamente, la ley no puede adquirir la fuerza que da a las instituciones una larga tradición. Deja de ser respetada por hábito. Más aún, se espera a menudo la abrogación o la modificación de la ley. Lo que era ilícito ayer, unos meses más tarde será legal. Se ha visto, por ejemplo, en la aplicación de la inspección de los precios, ventas declaradas ilícitas y culpables cuando el precio juzgado abusivo era inferior al que autorizaba un nuevo texto legal, y los Tribunales se han preguntado si, en este caso, se podía señalar una infracción.

»Es, pues, necesario para que se respeten las reglas jurídicas de dirección de la economía crear sanciones eficaces. Es un nuevo problema. La ley, a pesar de su valor intrínseco y de su claro enunciado, es inútil si no se aplica. De nada sirve bloquear los precios en una fecha determinada si no se pueden impedir las transacciones a precios nuevos. El problema de las sanciones es un problema puramente jurídico. De no tenerlo en cuenta, se lanza uno a una obra inútil.»

Aun a pesar de su extensión, he preferido citar literalmente las palabras de un jurista de tanto prestigio como el del ex Decano de la Facultad de Derecho de París, relativas a una legislación distinta de la española, para evitar ser tratado de *demagogo*, frase tan usada en nuestra Patria durante los últimos tiempos cuando se trata de desoír preocupaciones que, como las referidas, tienen casi exacta traducción en la realidad actual de la economía y el Derecho españoles.

Con todo lo anterior no queremos decir que las consecuencias penales derivadas de la llamada legislación de Tasas y Abastecimientos deban de ser duPLICADAS, ni mucho menos, cuando se trata de los grandes especuladores, merecedores de castigos ejemplares. Pero existen unos Tribunales de Justicia—por los que, generalmente, el ciudadano siente un profundo respeto—que deberían de ser los encargados de entender en esta clase de procedimientos que, en aras de una mayor brevedad, podrían ser todo lo sumarios que se estimase necesario.

Tampoco estimamos de peso la objeción de la falta de personal

en la carrera Judicial—o en otras carreras jurídicas, si se prefería formar Tribunales mixtos—, pues si comparamos lo que costaría el aumento necesario para poder llevar a efecto, con la rapidez precisa, el cumplimiento de esta función, creemos que resultaría bastante más barato que el sistema que se tuvo que montar, ampliando también la función investigadora a los distintos Cuerpos de Policía y Guardia Civil, por entrar de lleno dentro del ejercicio de sus misiones específicas, sin necesidad de la creación de agentes especiales, con toda la serie de inconvenientes que ya han quedado apuntados.

2. Resulta muy frecuente el confundir la función del empresario con la del capitalista, error que encuentra su justificación en el hecho de que en muchas ocasiones coinciden, aunque tal coincidencia no sea obstáculo para que, teóricamente, se diferencien con precisión, y en la realidad deban diferenciarse, la función del empresario y la del capitalista, los cuales, en el proceso económico, ocupan posiciones distintas, siendo los intereses de ambos contrapuestos. Y el hecho de que una persona perciba de determinada Empresa una renta global no es obstáculo para que dicha renta pueda encontrarse formada por elementos diversos, entre los que debemos distinguir los conceptos correspondientes a funciones distintas, como son el interés del capital y los beneficios o remuneración del empresario. Tras esta distinción, podemos afirmar ya que el empresario es sencillamente quien organiza la producción, obteniendo el capital y contratando el personal, comprometiéndose a remunerar ambos factores con una cantidad prefijada, quedando él sometido a los resultados, prósperos o adversos, del negocio. Es, pues, el empresario la persona que asume el riesgo y responsabilidad de la producción con la esperanza de obtener un excedente. El asalariado, por el contrario, e igual le sucede al capitalista, a cambio de recibir una cantidad fija por su colaboración en la producción, renuncia a correr el riesgo que puede proporcionar una ganancia futura (60).

Según el profesor TORRES MARTÍNEZ (61), las rentas de la Sociedad son de dos especies, atendida su morfología: las rentas anti-

(60) Cfr. el trabajo de VERDÚ SANTURDE (Antonio): *Función social de la Empresa mercantil*. Editado por el Sindicato Español Universitario. Madrid, 1952, pág. 29.

(61) *Teoría de la política social*. Editorial Aguilar. Madrid, 1954, páginas 34-35.

cipadas y las rentas de empresario, que dependen del resultado de la producción, y, por tanto, se determinan «después» de terminado el proceso productivo. Las primeras son fijas y seguras; las segundas, variables e inciertas. Y esto no porque así resulte de la propia naturaleza de las cosas, sino porque un convenio entre los hombres, basado en el principio de división del trabajo, ha atribuido el papel de aseguradores generales de las rentas de la Sociedad a un grupo determinado que se llama la clase social de los empresarios. No tiene nada de extraño, pues, el error en que se incurre frecuentemente—incluso por parte de algunos profesionales del Derecho—al confundir la Empresa—la gran Empresa, se entiende—con las Sociedades Anónimas. A ellos se refiere el profesor GARRIGUES (62), cuando escribe: «Partiendo de puntos de vista completamente antagónicos, pero coincidentes en el designio de paralizar la reforma, otro sector de la crítica, impulsado por motivos primordialmente políticos, entendió que el Anteproyecto—se refiere al de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951—pecaba de excesivamente liberal y contemporizador con el régimen capitalista, que, en opinión de estos otros críticos, es un régimen injusto, caduco y llamado a desaparecer. En este otro sector, la proyectada reforma se calificó de insuficiente por limitarse al aspecto técnico mercantil de la Sociedad Anónima y por haber remitido otras resoluciones más radicales al terreno de lo social y de lo político, que es precisamente aquel en el cual se debía de abordar la reforma a juicio de estos otros impugnadores.

Guardando el equilibrio entre estas dos extremas tendencias de la contrarreforma y de la ultrarreforma de la Sociedad Anónima, sin dejarse impresionar por los argumentos de un liberalismo económico cuyos viejos postulados han sido ya barridos del mundo entero, incluso por los más autorizados defensores del nuevo liberalismo, y sin ceder tampoco a la demagogia de una crítica basada en el doble error de suponer que la Sociedad Anónima es una institución creada por el capitalismo e inseparable de él, y de identificar la Sociedad Anónima con la Empresa, el Ministerio de Justicia optó por seguir el criterio de los redactores del Anteproyecto y limitar la reforma al estricto campo de la legislación mercantil, sustituyendo las ra-

(62) Cf. GARRIGUES (Joaquín) y URÍA (Rodrigo): *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*. Tomo I. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952, págs. 72-73.

quíticas disposiciones de nuestro Código de Comercio por una reglamentación completa y ponderada de la Sociedad Anónima».

Conformes con el ilustre maestro GARRIGUES en cuanto a la necesidad de la regulación técnica de la Sociedad Anónima, no podemos estarlo con quienes consideraron anteponer la reforma—como confiesa claramente la Exposición de Motivos (63)—de esta legislación a desarrollar la regulación jurídica de la Empresa, olvidándose de los enunciados programáticos del Fuero del Trabajo, que imponían al Estado esta regulación con carácter urgente e inexorable. De esta forma, y *con un criterio de completa subordinación de la Sociedad Anónima a la Empresa*, teniendo en cuenta la necesidad de las primeras—para la reunión del capital necesario—, es como únicamente resultaría admisible la nueva regulación, siempre, naturalmente, que se reforzasen los medios de inspección de los balances y se regulase con mayor precisión la *actividad* de los accionistas y la función de los obligacionistas, pues si estimamos que el derecho de propiedad no puede concebirse más que adscrito al cumplimiento de una función social, sería necesario que se explicase cuál es la función social que desempeñan los accionistas y los obligacionistas *propietarios* de las acciones y obligaciones.

A) No resulta tarea fácil el configurar el concepto de Empresa. El mismo Código civil italiano—que emplea el vocablo—se muestra en términos de gran imprecisión, ya que, como dice Francisco FERRARA (64)—, después de demostrarnos las grandes divergencias doctrinales entre los juristas italianos acerca de la relación existente entre la Hacienda y la Empresa—, «el concepto de la Empresa no tiene, en realidad, relevancia jurídica. La actividad personal se resuelve, en efecto, en un momento o situación personal del sujeto, de suerte que los efectos de la Empresa no son sino efectos a cargo del sujeto que la ejercita, siendo por ello estudiados con ocasión del análisis de la figura del empresario y de la especie correspondiente en que dicha actividad se distingue. Así, pues, las figuras en torno a las que se polarizan los efectos jurídicos son, respectivamente, el empresario y la Hacienda» (65).

(63) Cfr. el párrafo segundo.

(64) *Teoría jurídica de la Hacienda mercantil*. Traducción y concordancias con el Derecho español, por NAVAS (José María), Editorial «Revista de Derecho Privado». Madrid, 1950, pág. 93 y sigs.

(65) Idem, pág. 95.

A mi juicio, precisamente debido a la falta de configuración jurídica de la Empresa, surge esa serie de confusiones a que alude el maestro GARRIGUES—forjador, como luego veremos, del concepto jurídico de la Empresa en el Derecho español—entre la Sociedad Anónima y la Empresa, lo que no quiere decir—insistimos—que la nueva Ley de Sociedades Anónimas española no favorezca al capitalismo, ya que—como dice el profesor DE CASTRO (66)—es «obra inspirada en las legislaciones europeas de la época del capitalismo moderado» y sólo se puede admitir «como compás de espera hasta una nueva coyuntura».

Ante la necesidad de apresurarnos a la estructuración jurídica de la Empresa, creemos que está retardándose demasiado su configuración; por lo que, seguidamente, vamos a exponer esquemáticamente una serie de sugerencias en torno a este problema, que juzgamos trascendental.

Quien hasta ahora se ha planteado el concepto de Empresa ha sido, por una parte, el llamado Derecho fiscal, y, por otra, el Derecho del trabajo:

a) «Lo que todavía el Derecho privado percibe confusamente—escribe Georges RIPERT (67)—lo realiza ya, en su autonomía gustosamente afirmada, el Derecho fiscal: Somete al impuesto a las Empresas industriales y de comercio, y por esto mismo las reconoce a fin de convertirlas en contribuyentes. A través de este costoso bautismo jurídico las hace aparecer en la vida jurídica.

»La Empresa se considera como un contribuyente independiente. El impuesto sobre los beneficios industriales y comerciales grava las personas físicas en razón de su profesión y las Sociedades en razón de su forma... La imposición se centra en el lugar de la explotación y no en el domicilio personal del que explota, y si existen varios establecimientos, en el domicilio principal. El líquido imponible es el beneficio neto, determinado con arreglo a los resultados de las operaciones efectuadas por la Empresa. El precio alzado se ha concedido, por favor, a las pequeñas Empresas.

»Antes de esta medida fiscal, es cierto que los comerciantes estaban obligados a llevar una contabilidad y a formar un inventario anual. Las Sociedades debían establecer su balance y el uso fijaba

(66) Obra citada en la nota 26 de este trabajo, pág. 65.

(67) *Aspectos jurídicos*. cit., pag. 279 y sigs.

el balance con arreglo a la contabilidad. Cada Empresa se convirtió en «una unidad contable», según la feliz expresión de NOGARO. Pero ninguna regla jurídica determinaba ni la manera de establecer el balance ni de calcular los beneficios. Todas las fantasías, todas las habilidades, estaban permitidas.

»La ley fiscal pone orden en estas cosas. Decide acerca de la evaluación de los productos almacenados al precio de costo o al corriente del día, tiene en cuenta las plusvalías realizadas, determina los gastos generales a reducir, el importe de las amortizaciones y las reservas autorizadas. Cuando la ley es insuficiente, la Administración la completa por medio de circulares, que no es posible rechazar», aunque en la práctica—como dice SAINZ DE BUJANDA (68)—las *Ordenes ministeriales* y las *Circulares* constituyen uno de los más graves peligros para el principio de legalidad fiscal. «Los Ministerios de Hacienda de todos los países dictan, con rapidez vertiginosa, *Ordenes ministeriales* de carácter *interpretativo*, que no se limitan, como fuera deseable, a aclarar el sentido de las normas legales en materia de tributación, sino que ensanchan o restringen—generalmente lo primero—los objetos imponibles. Esta práctica está provocando graves trastornos y constituye una amenaza seria al principio de seguridad jurídica. Acontece, en efecto, que el carácter interpretativo que se atribuye a estas Ordenes permite a los agentes del Fisco aplicarlas con carácter retroactivo. Esto es siempre grave por las siguientes razones: 1.^a Porque las Ordenes suelen referirse a situaciones tributarias, cuya regulación legal es confusa e incompleta, y no es justo que tales disposiciones den origen a obligaciones o responsabilidades que la ley no señala en forma clara e inequívoca, y que las oficinas gestoras de impuestos no se decidirían a hacer efectivas de no dictarse aquellas disposiciones. 2.^a Porque la oscuridad de los preceptos legales suele subsanarse con criterios interpretativos que se engendran en la práctica administrativa, dando origen a un *entendimiento* entre los contribuyentes y la Administración, que no debe destruirse con Ordenes ministeriales contrarias a aquellos criterios. El *principio de la buena fe* debe prevalecer en estos casos sobre cualquier otro tipo de consideraciones. Ciertamente podría objetarse a todo este razonamiento que las Ordenes ministeriales de

(68) *Hacienda y Derecho*, Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955, página 439 y sigs.

carácter interpretativo no obligan a un acatamiento incondicional, toda vez que las reclamaciones y recursos ante las propias autoridades administrativas o ante los órganos jurisdiccionales constituyen la mejor garantía de los contribuyentes. Pero esta consideración no justifica en ningún caso que las normas emanadas de la Administración ensanchen las obligaciones tributarias al margen de la ley fiscal. ¿Cómo resolver el problema? No será fácil poner un dique al torrente de disposiciones interpretativas, de rango puramente ministerial, que inundan el Derecho tributario; pero lo que sí podrá hacerse es crear un sistema de recursos que permita al particular *obtener de los órganos jurisdiccionales la declaración de ilegalidad de las Ordenes administrativas de carácter general*» (69).

Siguiendo las consideraciones en torno al concepto de Empresa en el llamado Derecho fiscal francés, dice RIEPÉRT (70) que «cada contribuyente tiene la obligación de hacer una declaración y de comunicar al inspector no solamente los libros de comercio, sino toda su contabilidad. Los agentes fiscales van a inspeccionarla sobre el terreno. Más de un millón de Empresas sometidas al impuesto funcionan en la actualidad en Francia bajo la mirada atenta de la Administración fiscal.

»En esta materia, el Derecho fiscal aparece como un precursor. Se apodera de la Empresa tal y como funciona, sin preocuparse de su naturaleza jurídica. La considera como una unidad a los efectos del impuesto. La obliga a disciplinarse, a llevar una contabilidad en regla y a formular un balance sincero.

»El día en que el Derecho mercantil quiera obligar a las Sociedades a establecer sus balances con arreglo a determinadas normas jurídicas, encontrará el terreno bien abonado y no tendrá más que transformar en reglas jurídicas las prácticas seguidas habitualmente. Ya en el balance, tal como se establece, se ve claramente la fi-

(69) A raíz de la publicación de un nuevo sistema impositivo, una revista extranjera, en la que colaboro habitualmente, me pidió que analizase el nuevo sistema español en relación con el Derecho privado, ya que en el país en donde se publica la revista de referencia podía tener especial interés por las conexiones históricas de su Derecho con el nuestro. Recogí una serie de notas que tal vez algún día pueda dar a la publicidad, seguramente cuando lo tenga más elaborado. Y espero demostrar que, no solamente ya los más altos titulares de los Ministerios ejercitan la potestad reglamentaria —como es de perfecta corrección administrativa—, sino alguna Dirección General ha tomado decisiones que, en buena hermenéutica legal, resultan disparatadas.

(70) Loc cit..

gura de la Empresa, al menos por la inscripción del capital social en el pasivo, que señala con claridad que la Empresa vive de un capital aportado y que, teóricamente, lo debe. Sería necesario quizá ir más lejos y obligar a cada Sociedad a distinguir en su balance las diferentes Empresas que explota, y cuando tenga filiales, los resultados obtenidos en su gestión». Así lo hace la Ley alemana de 30 de enero de 1937, entre otras extranjeras. «El secreto de los negocios se perjudicaría tal vez. La unidad de la Empresa aparecería más claramente».

Estas sugerencias del ilustre civilista francés resultan inaplicables en el momento fiscal español actual. En mi último trabajo publicado (71) ya insinuó las razones que aquí quiero ampliar brevemente.

Creo sinceramente que los principios fiscales deben de ser consagrados en las *Leyes fundamentales del régimen para ser interpretados siempre por la Administración con carácter restrictivo*. «El principio de la capacidad contributiva—escribe SAINZ DE BUJANDA (72)—aparecía también consagrado en muchos textos constitucionales del siglo XIX y de la primera mitad de la actual centuria. Las fórmulas empleadas eran diversas, ajustadas todas ellas a la doctrina de la época. Así, por ejemplo, se hablaba de que los impuestos habían de satisfacerse con arreglo a los medios, a los bienes o a la riqueza de los ciudadanos. En los textos posteriores a 1945 se formula explícitamente el principio de capacidad contributiva. Tal ocurre, por ejemplo, en la Constitución italiana (art. 53, párrafo 1.º) y en el Fuero de los Españoles (art. 9.º). Lo útil en materia financiera (73) no es que la Administración actúe de prisa, sino que actúe bien; no es cumplir un programa, sino que éste sea justo. Mal pueden satisfacerse ambas exigencias si los impuestos se establecen precipitadamente, por agobios del Tesoro, sin que preceda un estudio sereno y sossegado por quienes tienen a su cargo la tarea de legislar, o si el volumen de los gastos públicos o su distribución son asuntos que se confían a la omnimoda voluntad de los Gobiernos. No caigamos en el error de pensar que la eficacia es sólo cuestión de velocidad. Un sistema fiscal dará a la larga óptimos frutos si ha sido objeto de una paciente construcción, y ésta sólo puede ser obra de la ley!

(71) *La estructura del Estado*. . ya cit., pág. 49, nota 90.

(72) *Op. cit.*, pág. 43 y sigs.

(73) *Idem*, pág. 435 y sigs.

Pero librémonos también del error contrario. La discusión prolija de las leyes en el seno de Parlamentos o Asambleas no sólo entorpece y retrasa las labores de Gobierno, sino que desemboca con frecuencia en una especie de pacto o transacción entre los diversos grupos de «interesados», cosa inevitable cuando el Parlamento, agitado por la pasión partidista, se olvida de que las leyes que está fraguando han de ser instrumentos del *bien común*.

«La fórmula de equilibrio puede venir de una reforma del proceso de elaboración de las Cámaras o Parlamentos—Cortes Españolas—a los que constitucionalmente esté atribuida la función legislativa. La reforma puede referirse tanto a la *composición* como al *funcionamiento* de las Comisiones o Secciones a las que, dentro de las Asambleas, esté encomendado el examen de esta clase de leyes. En el primer punto podría pensarse en la conveniencia de requerir durante las deliberaciones el informe o asesoramiento de personas técnicas—a mi juicio, al ser posible, profesores, dadas las razones de visión general del sistema a que nos hemos referido al principio—en cada ramo de la Administración económica del Estado, aun cuando en esas personas no concurre la cualidad de miembros de la Asamblea».

«Aligerada de trámites (74) la gestación de las leyes y mejorada, en cambio, su calidad técnica, parece inexcusable mantenerse fieles al principio—consagrado en el ordenamiento positivo de casi todos los Estados—según el cual la Administración pública carece de competencia para *crear* normas jurídicas de carácter general, salvo en los casos de urgencia o de grave peligro que las propias leyes prevean, o en los supuestos de delegación expresa del Poder legislativo en favor de la Administración.» Esto en materia financiera es importantísimo, pues «la *potestad reglamentaria* en materia financiera—sobre todo en el ámbito impositivo—ha de circunscribirse a la ejecución de las normas legales. En el ámbito del Derecho financiero español, los reglamentos tienen una importancia no oria, tanto en lo que se refiere a la organización, administración y contabilidad de la Hacienda pública, como en lo que atañe al sistema fiscal. Por ello, el conocimiento y sistematización de ese amplio y heterogéneo conjunto de normas constituye una operación indispensable para elaborar esta rama del Derecho patrio».

(74) Op. cit., pág. 438.

Mientras esta tarea no se acometa por especialistas sólidamente preparados, no nos sirve el concepto de Empresa que se ha forjado el deficiente Derecho financiero español.

b) Tampoco el Derecho del trabajo nos da un concepto de la Empresa, haciendo algo parecido a lo que hemos escrito del llamado Derecho fiscal.

Los especialistas en Derecho del trabajo reconocen la importancia decisiva que tiene el fijar este concepto, habiéndose llegado a decir que «en la sistemática del Derecho del trabajo la Empresa debe figurar como uno de los capítulos más trascendentales de esta disciplina», pero que «es lamentable observar cómo una gran parte de los Manuales de Derecho del trabajo abordan este tema de la Empresa con cierta imprecisión, cuando no lo silencian totalmente, cediendo este trozo de vida jurídica organizada al Derecho mercantil, que se ha llegado a definir como un auténtico Derecho de Empresas» (74). Para el profesor PÉREZ BORJA (76), «en ningún momento debe perderse de vista «la» idea económica de la Empresa». «Cual sea la noción que convenga a aquella estructura económica, es cosa que aún está por dilucidar... De las diversas investigaciones llevadas a cabo, donde más sustancialmente se ha construido la teoría de la Empresa ha sido en la vertiente patrimonial, vertiente que tiene plena vigencia en Derecho laboral», lo que ha hecho decir a algún especialista en Derecho del trabajo—como HERRERO NIETO (77)—que—claro es que para el Derecho del trabajo—«la Empresa no es una realidad perenne, sino que está ligada a toda la estructura social y espiritual de la época. La Empresa no por eso deja de ser el soporte más importante de los intereses de la economía, bien sean éstos puestos al servicio de la ganancia por la ganancia, o bien al servicio de la comunidad. No ha cambiado el fin o perspectiva económica de la Empresa, sino la forma de relacionarse y vincularse los distintos medios que se emplean para conseguir ese fin. Este cambio es el que auténticamente interesa a los Jus laboristas, que cada vez centran más sus estudios sobre la misma. Los que incu-

(75) Cfr. HERRERO NIETO (Bernardino): *La Empresa como marco jurídico más importante de las relaciones laborales*, en *Estudios dedicados al profesor García Oviedo, con motivo de su jubilación*, Vol. II: *Derecho laboral*, Sevilla, 1954, pág. 189.

(76) *Curso de Derecho del trabajo*, Cuarta edición, Madrid, 1955, pág. 41.

(77) Op. cit. en la nota 75, pág. 215.

rren en el vacío o abordan de pasada el problema de la Empresa, como marco jurídico de la relación laboral, como una de las unidades más solemnes de esta disciplina, no solamente mutilan la sistemática, sino que anulan una de las partes más interesantes del llamado «Derecho colectivo del trabajo», así como también se apartan de la línea marcada por los textos fundamentales de nuestro Derecho positivo».

«En principio—como escribe el profesor PÉREZ BOTIJA (78)—, puede afirmarse que el concepto legal no constituye un concepto unitario, sino que se basa en una doble hipótesis, implícita en el artículo 5.º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. Cabe en el Derecho español una teoría patrimonialista y una teoría contractualista de la Empresa. También podría hablarse de una teoría laborista pura de la Empresa, en cuanto ésta se concibe en todo centro «donde se preste el trabajo».

B) Ante esta diversidad de criterios tuvo que ser la Jurisprudencia quien se plantease el concepto de Empresa. Y fué la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 13 de marzo de 1943, quien formuló por primera vez (79) el concepto de Empresa al decir que «es innegable que cualesquiera que sean las dificultades con que se tropiece para construir esa institución, favorecidas por el silencio que a este respecto guardan nuestros cuerpos de Derecho material, desechadas las teorías que lo conciben como una persona jurídica, o como un patrimonio autónomo, o como una *universitas rerum*, que implica una reunión al par física y económica de elementos de muy variada condición, que unitariamente considerados exigen un tratamiento jurídico propio, gana terreno en el orden científico la idea de que la Empresa es una suma, una verdadera organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición que, pese a la condición de cada uno de ellos, puede ser, *en su conjunto*, objeto de tráfico jurídico; sin que la idea sea extraña a nuestras prácticas comerciales, en las que suele ser frecuente la transmisión, definitiva o temporal, del negocio mercantil como entidad sustantiva, ni puede decirse ajena a nuestro Derecho, que en algún caso,

(78) Op. cit., pág. 43 y sigs.

(79) Traté de esta cuestión, aunque estudiando la Empresa como posible Entidad registrable, en mi *Introducción al Derecho registral*. Madrid, Editorial «Revista de Derecho Privado», 1947, pág. 158 y sigs.

como el contemplado por el art. 928 del Código de Comercio, admite la posibilidad de que la Empresa sea *traspasada*, que es tanto como decir que, considerada como un todo, puede ser y es frecuentemente objeto de relaciones jurídicas de carácter obligacional». Y la Sentencia de 13 de enero de 1944, que destaca *el elemento espiritual* de la Empresa al decir que «la explotación o negocio industrial está normalmente integrada por un patrimonio y por una organización de actividad que da aliento a los elementos materiales, coordinándolos en una unidad económica susceptible de producir ganancia o lucro, destacándose generalmente de estos elementos el carácter preponderante de la organización—elemento espiritual—sobre el patrimonio—elemento material—, que a veces desempeña papel muy secundario».

Estos interesantes fallos de nuestro más alto Tribunal, doctrinalmente están inspirados en la doctrina sustentada por el maestro GARRIGUES, tan excelente mercantilista como civilista (80).

«En la agrupación de fuerzas realizada por la Empresa—dice Georges RIPERT (81)—, el fin perseguido por ella es de una importancia capital. Este fin es el *bien común* de los hombres que cooperan en la Empresa. No se trata solamente de la remuneración ilimitada del capital por medio de los beneficios obtenidos, sino también de asegurar la vida a los hombres que trabajan en la Empresa y a sus familias respectivas. Capital y trabajo deben de hallar en la Empresa satisfacción, aunque de naturaleza distinta, y si ella no es capaz de proporcionársela, no es digna de vivir». Y «en la Empresa capitalista no existe otro fin que la obtención de ganancias. Esta obtención es el criterio reconocido por el Derecho mercantil para distinguir la Sociedad de la Asociación. Desde el momento en que la dirección de la Empresa se confunde con la propiedad de la misma, su objeto es necesariamente egoísta».

C) Ya hemos dejado esbozadas en otra ocasión (82) las soluciones sociales para remediar estos males. Hoy vamos a exponer brevemente la manera de llevar a la práctica esa participación del

(80). *Curso de Derecho Mercantil*. Madrid, Aguirre, 1936, tomo I, página 439. Cfr. también *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo I, volumen 1: *Teorías generales, comerciante individual, Sociedad colectiva, Sociedad comanditaria*. «Revista de Derecho Mercantil», Madrid, 1947, pág. 231 y sigs.

(81) *Aspectos jurídicos...* cit., pág. 286.

(82) En mi trabajo: *La estructura del Estado...*, cit., pág. 35 y sigs.

trabajo en los beneficios de la producción a que aludimos entonces.

Tres soluciones ha propuesto la doctrina—como principales—para hacer efectiva la participación de los trabajadores en los beneficios de la producción y en condiciones de proporcionalidad con el capital.

a) Participación en los Consejos rectores de la Empresa—Consejos de Administración en las Sociedades Anónimas—con todas sus consecuencias, para lo cual no consideramos a nuestros obreros suficientemente preparados, ya que para ello sería preciso que conociesen la *técnica de los balances*, extremo bastante difícil sin una buena formación en materias económicas. A la larga, y cuando comiencen a dar los resultados apetecidos las tácticas empleadas en nuestras Universidades Laborales, creo que podrá llegarse a la consecución de este bello ideal (83).

Para RIGERT (84), esta solución constituye un error por confundirse la Sociedad con la Empresa. «La Sociedad—dice—es el capital organizado; los trabajadores no tienen por qué intervenir en esta organización del capital, de la misma manera que los accionistas no tienen por qué intervenir en los Comités de Empresa». A mi juicio, siguiendo esta orientación—que es, en definitiva, la española de la legislación sobre las Juntas de Jurados en las Empresas—, ya no se consigue la proporcionalidad necesaria que propugnamos entre el capital—que actúa en condiciones de superioridad—con el trabajo.

b) La participación en los beneficios, solución pensada por el régimen capitalista. «La parte atribuida al capital—dice RIGERT (85)—se reparte entre los accionistas en forma de dividendos, y hay que observar que sobre esta parte el Fisco practica una deducción de tal importancia que el trabajo se beneficia indirectamente por las obras sociales que el Estado sostiene. Pero no lo sabe. Es, pues, necesario que la parte atribuida al trabajo sea visible. La distribución entre los trabajadores es la peor solución. El fracaso de la participación en los beneficios lo demuestra a las claras—se refiere a las experiencias francesas que cita—. La parte del trabajo debe ir a parar íntegramente a las obras sociales de la Empresa, al

(83) Cfr. las interesantes consideraciones que hemos leído en el semanario «Vanguardia Segoviana», correspondiente al día 9 de junio de 1956, que reproduce un artículo del padre MARTÍN BRUGAROLA, S. J.: *Análisis de un clima al aplicarse unos consejos de Empresa*.

(84) *Aspectos jurídicos...* cit., pág. 317.

(85) *Idem*, pág. 325.

mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores, especialmente a la vivienda obrera. Pensemos en lo que podría ser hoy una ciudad obrera si, desde hace un siglo, una parte de los beneficios de la Empresa hubiese sido consagrada a las obras sociales.

Será necesario establecer una cierta repartición para que la condición de los obreros no sea demasiado diferente según las Empresas. No obstante, si se quiere interesar a los obreros en ellas, será necesario mantener algunas diferencias. La importancia de las obras sociales será un testimonio de la prosperidad de la Empresa. Los trabajadores administrarán estas obras y aprenderán que sus recursos provienen de los beneficios de la explotación. Quizá se llegara así a interesarlos en la productividad de la Empresa y a desarrollar en ellos la idea de que la fábrica es *su* fábrica y no sólo la de su patrono, y a hacerles perder ese espíritu capitalista que tienen sin darse cuenta».

En nuestra Patria sólo el Instituto Nacional de Industria creo que está ensayando el sistema de participación en beneficios, con gran indignación por parte de las grandes Sociedades Anónimas (86), que le achacan el encarecer la producción, sofisma empleado por quienes tratan por todos los medios de ver crecer los dividendos de sus acciones de manera desorbitada—que de la otra forma no crecerían en esas proporciones—, sin que el gran público se dé cuenta de que detrás de todo ese tinglado no existen más que los Bancos, puros instrumentos del capitalismo.

c) Este sistema de participación de beneficios sería irrisorio si no se implanta la intervención estatal en las grandes Sociedades Anónimas a través de un Delegado del Gobierno con aptitud técnica para entender los balances y no en forma de prebenda o consuelo de cesantías en los cargos políticos, ya que la misión requiere una especial preparación técnica para ser ejercida con eficacia.

La misión principal del encargado o encargados del control de la intervención sería la de establecer la proporción adecuada entre los beneficios obtenidos por los tres elementos de la producción: capital, trabajo y técnica, así como la de valorar la superproducción al cupo fijado al principio del ejercicio, para poder llegar con las *primas de*

(86) Es digno de destacarse el ejemplo de la fábrica de maderas, propiedad del Patrimonio Nacional del Estado, de Valsain, en donde también se reparten beneficios entre sus trabajadores.

producción a los trabajadores con el fin de acumular, a la igualdad social establecida, el aumento de renta nacional conseguido con la superproducción.

IV

Toda esta estructuración social no se consigue parcialmente. La experiencia del tiempo transcurrido sin grandes resultados conseguidos nos lleva a la necesidad de propugnar soluciones nuevas y radicales que, en España, creo que tienen fácil solución si tenemos en cuenta el pequeño número de grandes especuladores del capitalismo; de todos conocidos a través de figurar sus nombres siempre en los grandes Consejos de Administración. Basta con leer cotidianamente cualquier revista económica española.

Pocos en número, pero con actuación tan sumamente peligrosa que está provocando un cuadro de gravísimos problemas a la economía española y que VELARDE FUENTES (87) ha puesto recientemente de relieve, cuales son: «el déficit de la vivienda, el crecimiento del poder de los grandes Bancos, el fracaso de la contribución sobre la Renta, de la lucha para conseguir una eficaz redistribución de la Renta nacional sin alterar los precios, de la necesaria Reforma Agraria, del funcionamiento de los mercados de algunas industrias básicas—cemento, acero—o de la precisa reestructuración del Comercio exterior—y aún quedan en el tintero otras gravísimas cuestiones», dice VELARDE. Al denunciar al monopolio papelero español, dice que «la cuestión se agranda pasando al terreno cultural y social—más libros y periódicos baratos para la población pobre que el Ministerio de Educación Nacional arranca del analfabetismo—es evidente».

Ante este panorama nacional, me creo en el deber de advertir como jurista que estamos expuestos a que el capitalismo acabe incluso con el Estado si no se toman medidas urgentes y radicales.

A) Con una atmósfera o clima apropiados, lejos de reducir al

(87). *Consideraciones sobre algunas actividades monopolísticas en el mercado papelero español*, en «Revista de Economía Política», septiembre-diciembre de 1955, volumen VI, núm. 3, pág. 125.

capitalismo, éste se ha desarrollado sobremanera porque el ambiente le favorece.

Este ambiente se traduce en una tendencia sustitutiva de la vinculación del hombre o de la familia a la propiedad por la conquista del dinero, de lo que hay que acusar—como escribe RIPERT (88)—, «en primer lugar, la instrucción pública. La preponderancia dada a la enseñanza científica rebaja los espíritus a admirar de una manera exclusiva la civilización material. El trabajo desinteresado de investigación desaparece, a menos que no se trate de la investigación científica. Las Escuelas de Formación Profesional son preferidas a las Universidades. Los alumnos de las altas escuelas sueñan con los altos puestos de la Industria o de la Banca.

En las clases burguesas se buscan las profesiones en consideración a los beneficios posibles. Los funcionarios públicos dejan de considerar como un honor el servir al Estado, miran con cierta envidia a los empleados privados, mejor retribuidos que ellos, y piensan en ponerse al servicio del capitalismo. Los miembros de las profesiones liberales buscan su clientela entre las grandes Compañías, y los Notarios, Abogados, Médicos, etc., no tienen mejores clientes ni apoyos que las Sociedades mercantiles. Los pequeños rentistas, los retirados, clientes del Estado o de una Caja de Seguros, tienen la preocupación constante de la depreciación monetaria y se reprochan el no haber acumulado mayores capitales, y, sobre todo, el no haberlos invertido en mejor forma. En cuanto a los trabajadores, empleados y obreros, se preocupan más de la remuneración de su trabajo que de la calidad del que deben prestar. «Todo el mal viene de la burguesía capitalista —dice PEGUY—. Es ella la que ha contaminado al pueblo. Le ha inoculado precisamente el espíritu burgués y capitalista.» Al ver tratar a su trabajo como una mercancía, han adoptado el mismo estado de espíritu que consiste en considerarlo como tal, es decir, en aprovecharse de cualquier circunstancia para conseguir alguna ventaja material. Se consideran acreedores de la Empresa, puesto que no participan en ella. Ni se les puede impedir que invoquen a su favor la ley de la oferta y de la demanda cuando la mano de obra escasea en el mercado. En caso de necesidad, se valen de la huelga, «este acto de especulación bursátil de los trabajadores», según decía PEGUY.

(88) *Aspectos jurídicos...* cit., pág. 349.

La consideración exclusiva de la riqueza asegura la supremacía y el poder del dinero. Si hoy día se alza un clamor tan grande contra él, es precisamente por ser el único que da el poder. Por otra parte, y a pesar del grito de protesta, existe una secreta admiración hacia la persona que ha conquistado la riqueza gracias a un hado favorable, sea un capitán de industria, un multimillonario americano o el favorecido con el primer premio de la Lotería Nacional. Incluso surge una cierta indulgencia en favor de los jugadores demasiado hábiles de Bolsa... El abuso del espíritu mercantil legitima la especulación de mala fe.

Pero no hay que confundir este espíritu con «el deseo de ser rico, que es propio de todos los tiempos. Este deseo era antiguamente el apetito de disfrutar de bienes materiales. Se apaga por la saciedad. El hombre moderno ha llegado a aumentar el lujo de su vida ordinaria, pero no consigue las mismas satisfacciones que el hombre de otras épocas en el uso de los bienes que le pertenecen.

»Las formas nuevas de riqueza no traen aparejado ningún sentimiento afectivo para las cosas que poseemos. La agitación de la vida moderna no encuentra satisfacción en la tranquila posesión de los bienes... *La riqueza es el poder más que el goce*» (89).

B) Contra este clima moral no hay más que su transformación al compás revolucionario de una grande e inigualable conmoción, que, cual nuestra Cruzada, puede resultar estéril en la transformación social, reduciendo el capital a la categoría programática de mero instrumento de la producción, a pesar de muchos y loables resultados obtenidos en otros aspectos, especialmente en cuanto al muy importante de la reconstrucción de una Patria deshecha.

Pero, en el orden social, esto no basta. Y lo malo es que, queramos o no, tenemos que marchar al compás de las circunstancias históricas que nos mandan por la senda de lo social, que el político y el jurista deben de prever en sus consecuencias.

En su último libro, Georges RIPERT (90) pone de relieve los peligros que nos amenazan en este orden. Sólo la estabilidad jurídica es capaz de defender a Europa de otras grandes conmociones. Para mantener nuestra civilización—dice—es preciso imponer al legislador el respeto a los principios jurídicos sobre los que descansa

(89) *Aspectos jurídicos...* cit., pág. 338.

(90) *Les forces créatrices du Droit*, ya cit. en la nota 4, pág. 421.

el mismo orden jurídico que le sostiene, manteniendo a todo trance en el juego de las fuerzas sociales el valor de las reglas morales sobre las cuales el Derecho está construido.

Por cuanto se refiere a la realidad actual española, es la vuelta a los principios equitativos del Derecho civil, inspirado en el Derecho natural, la que debe de presidir este orden nuevo en:

a) Vinculación de la propiedad al hombre y a la familia en forma tangible, concreta, humanizada; en una palabra, fortaleciendo las instituciones publicitarias precisas para hacerla deseable y segura.

b) Vinculación efectiva del capital a los otros elementos de la producción en forma de actividad personal, limitando intereses a los meros rentistas de acciones y obligaciones de las Sociedades Anónimas.

c) Intervención estatal *directa*, y en la forma desarrollada en el texto, en los organismos rectores de las Sociedades Anónimas, que, en todo caso, deberán de quedar subordinadas a la Empresa en la forma esbozada.

d) Nacionalización prudente, pero progresiva, de la Banca, cuidando muy bien el Estado de huir de toda transformación perniciosa que pudiese conducir a convertirlo en capitalista y cayendo, por tanto, en el capitalismo estatal.

e) Construcción de un verdadero sistema financiero más humano e inspirado en el Derecho privado, que—como escribe el profesor ERNST BLUMENSTEIN (91)—crea inicialmente la configuración de las manifestaciones económicas en materia tributaria. Es muy urgente la reforma de la inspección del tributo en España. «Los funcionarios encargados de la práctica de este servicio—dice SAINZ DE BUJANDA (92)—han divulgado en muchas zonas del territorio nacional las leyes fiscales del Estado español, dando efectividad a obligaciones tributarias que no habían salido del marco de los textos positivos. Pero esa actuación ha tenido que producirse con la ayuda de una doctrina jurídico-tributaria muy pobre, lo que ha obligado a los contribuyentes y a los agentes del Fisco a adoptar sus deter-

(91) *Schweizerisches Steuerrecht*, Tübingen. 1926, tomo I, cap. 3.º, apéndice III.

(92) Op. cit., pág. 458 y sigs.

minaciones siguiendo criterios fundamentales empíricos, sin tener en cuenta que «todo régimen fiscal cuyo sistema de sanciones se produzca al margen de la doctrina jurídico-penal y de los principios generales sobre ilicitud civil o administrativa ha de ser forzosamente irracional y arbitrario».

f) Seguridad jurídica para el español, dotando al ordenamiento jurídico de normas fundamentales que autolimiten a la Administración para que la regla jurídica posea la relativa certeza a que el Derecho debe siempre aspirar (93), acabando con las contradicciones normativas en una labor unificadora que sea capaz de caracterizar nuestro orden jurídico.

He aquí una gran tarea que se brinda a la juventud, que—como ha escrito José María DESANTES (94)—«los jóvenes de hoy, los «hombres de mañana mismo», no son mejores ni peores que los de otras épocas. En su ambiente pululan los fantasmas de la atonía y de la confusión, es cierto. Pero España disfruta de una brisa histórica que nos va trayendo sin cesar aromas de tradición y del más auténtico ambiente de cristiandad. Y a nuestros jóvenes les sobra sentido común para darse cuenta de lo que ocurre en su contorno.»

»La corriente intelectual española, que de un modo abierto y optimista, firme e insistente, comenzó la elaboración de un sistema de ideas fundadas en esa tradición, va cada vez más claramente colocando hitos en los caminos a recorrer por todos los variados campos que la cultura comprende. Dentro del acervo de valores que en ella resaltan ha de ocupar su lugar exacto el Derecho. Se trata de ver las beneficiosas posibilidades que el Derecho lleva consigo para la formación de esta juventud, que espera su hora de actuar en la vida pública y privada. Y las consecuencias que se derivan de la buena o mala prosecución de los fines propios del Derecho.»

Si nosotros, sus profesores y maestros, no defraudamos a esa juventud, lograremos crear en ella una auténtica conciencia generacional, que es el mejor pilar para que pase a la Historia cubierta de gloria, en una decisiva e importante etapa de la Historia de España, que tanta sangre y tanto heroísmo costó (95):

(93) Cfr. CALAMANDREI: *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, en «Rivista del Diritto commerciale», 1942, págs. 341 y sigs. También el libro de LÓPEZ DE OÑATE: *La certezza del Derecho*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953.

(94) *El valor formativo del Derecho*. Atencó, Madrid, 1955, págs. 9-10.

(95) No se logrará la pervivencia del régimen, en el campo de la cultura,

Para que no se quede en simple episodio histórico, no olvidemos que nuestra Patria se sigue asentando en los dos órdenes jurídicos romano y canónico; tradición el primero y revolución el segundo, ya que no en balde el Cristianismo fué la verdadera e incommovible revolución, en lo político y en lo social: hombre, familia y Sindicato, que junto con el Municipio constituyen los pilares fundamentales del régimen político español. Perfección del hombre, robustecimiento y cristianización de la familia, trabajo como mandato divino y convivencia *ad bonum commune* mediante la realización de la Justicia Social, constituyen los fundamentos sociales del orden cristiano que el Derecho civil—mejor que ningún otro—ha sabido respetar mediante una vinculación constante y perenne al Derecho natural.

PASCUAL MARÍN PÉREZ

Catedrático de Derecho civil. De las
carreras Judicial y de Ciencias Polí-
ticas y Económicas.

sin haber forjado un auténtico orden nuevo, como tiene hoy, incluso la Rusia soviética, todo lo bárbaro y discutible que se quiera, pero con raíces para perdurar (cfr. DAVID (René) y HAZARD (John): *Le Droit soviétique*, Tome II: *Le Droit et l'évolution de la société dans l'U.R.S.S.* París, 1954, página 81 y sigs.).

De esta forma lograremos formar una conciencia generacional similar —pero indestructible— a las muy arraigadas en la sociedad española (cfr. JOVER (José María): *Conciencia obrera y conciencia burguesa en la España contemporánea*. Ateneo. Madrid, 1952).