

Estudios de Deusto

Vol. 43/2 Julio-Diciembre 1995

Sumario

**La doctrina del
«levantamiento del velo» y
las sociedades interpuestas**
R. de Angel Yágüez

**Principios generales de los
contratos administrativos:
La Ley 13/1995,
de 18 de mayo**
J.L. Avila Orive

**La «exceptio non adimpleti
contractus»**
J.M. Fernández Hierro

**Terminología en
Biblioteconomía**
J. Iturriaga Elorza

**Aspectos sindicales de la
segregación y escisión de
empresas**
V.F. Manrique López

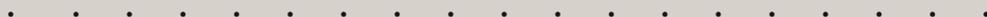
**Aspectos jurídicos en la obra
de Séneca**
O. Marlasca

**Economía del cambio
técnico. Una visión clásica**
J. Moreno

**Reactualización del
pensamiento religioso
de Durkheim**
C. Sánchez Capdequí

**Operaciones notables
de la Ciencia del Derecho**
M.M. Zorrilla Ruiz

Universidad de
Deusto



Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Segunda época. Vol. 43/2
Desde su fundación vol. 55
(Fasc. 95)
Julio-Diciembre 1995

Bilbao
Universidad de Deusto
1995

Director:

Ignacio María Beobide

Consejo Asesor:

María Alvarez

Jorge Caramés

Francisco Garmendia

José María Lidón

José María Merino

Jaime Oráa

Demetrio Velasco

Administración:

Secretaría Técnica

Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao

Tfno.: (94) 445 31 00 Fax: (94) 445 68 17

Distribución:

Ediciones Mensajero

Sancho Azpeitia, 2 - E48014 Bilbao

Tfno.: (94) 447 03 58 Fax: (94) 447 26 30

Precios de Suscripción:

España 4.000 ptas

Extranjero 50 \$

Número suelto..... 2.200 ptas

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Publicación impresa en papel ecológico

© Universidad de Deusto

Apartado 1 - 48080 Bilbao

I.S.S.N.: 0423 - 4847

Depósito legal: BI - -95

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S.C.L.

Particular de Zurbaran 2-4 - 48007 Bilbao

Impresión: Artes Gráficas Rontegui, S.A.L.

Avda. Ribera de Erandio, 4 - 48950 Erandio (Vizcaya)

Sumario

Estudios

R. DE ANGEL YÁGÜEZ, *La doctrina del «levantamiento del velo» y las sociedades interpuestas*

J.L. AVILA ORIVE, *Principios generales de los contratos administrativos: La Ley 13/1995, de 18 de mayo*

J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *La «exceptio non adimpleti contractus»*

J. ITURRIAGA ELORZA, *Terminología en Biblioteconomía*

F. MANRIQUE LÓPEZ, *Aspectos sindicales de la segregación y escisión de empresas*

O. MARLASCA, *Aspectos jurídicos de la obra de Séneca*

J. MORENO, *Economía del cambio técnico. Una visión clásica*

C. SÁNCHEZ CAPDEQUI, *Reactualización del pensamiento religioso de Durkheim*

M.M. ZORRILLA RUIZ, *Operaciones notables de la Ciencia del Derecho*

ESTUDIOS

LA DOCTRINA DEL «LEVANTAMIENTO DEL VELO» Y LAS SOCIEDADES INTERPUESTAS¹

Ricardo de Angel Yágüez

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Deusto

Sumario: 1. Introducción y propósito de la presente ponencia. 2. La «técnica» del levantamiento del velo. Su recepción por la doctrina española. Dudas acerca de su necesidad. 3. La acogida de esta doctrina en nuestra jurisprudencia. 4. El «levantamiento del velo» como instrumento para extender la responsabilidad. A) Sentencias que lo hacen. B) Sentencias que lo rechazan y advierten de la cautela necesaria en esta materia.

1. Introducción y propósito de la presente ponencia

1. Uno de los autores que con más lucidez se ha manifestado en torno a la persona jurídica, y en concreto a las por él llamadas sus «funciones y disfunciones», Capilla Roncero, ha escrito recientemente las siguientes palabras: «Uno de los principales problemas suscitados por las personas jurídicas es la posibilidad de que se produzca el denominado “abuso de la personalidad jurídica”. Nuestra jurisprudencia ha acogido, con entusiasmo, la llamada “técnica del levantamiento del velo” para poner coto a los actos abusivos. Pero su utilización indiferenciada exige que se precisen con mayor rigor las condiciones y límites de la aplicación de esa técnica» (voz «Persona jurídica» en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, III, p. 4.864).

Esta breve pero luminosa reflexión constituye la mejor justificación *objetiva* del propósito que ha guiado a los organizadores de este ciclo al incluir en el mismo el sugestivo tema que nos reúne.

¹ Se trata del texto de la ponencia presentada por el autor en el ciclo del Plan territorial de formación de Cantabria para Jueces y Magistrados. Consejo General del Poder Judicial y Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Santander, 16 de noviembre de 1995.

En efecto, no ya uno de los principales problemas que plantea la persona jurídica, sino probablemente *el más importante* (dejando de lado las cuestiones dogmáticas acerca de su naturaleza jurídica, por cierto de más significado práctico que lo que a primera vista pudiera parecer), es el consistente en la contemplación de aquellos casos en que se produce el denunciado «abuso» de la persona jurídica, esto es, la utilización de esta figura para fines distintos de los que constituyen su razón de ser.

No es menos cierto, en segundo lugar, que nuestra jurisprudencia ha acogido con verdadero *entusiasmo* (esta palabra de Capilla Roncero me parece muy afortunada) la técnica consistente en levantar el velo de la persona jurídica y, penetrando en su interioridad, descubrir la real naturaleza de los intereses individuales que bajo ella existen (*a veces, nunca mejor dicho, se ocultan*).

No hay más que echar una ojeada a los repertorios jurisprudenciales para comprobar cómo a partir de la sentencia de la Sala Primera de 28 de mayo de 1984, sobre todo, abundantes resoluciones de los diferentes órdenes jurisdiccionales invocan aquella técnica (bien para acogerla, bien para desecharla), con el objetivo de dar solución a muy variados conflictos de la vida real.

Hasta tal punto es así, que no parece exagerado afirmar que la doctrina del levantamiento del velo, valga la expresión un tanto frívola, «está de moda». Lo está en el plano doctrinal, como se desprende de las referencias bibliográficas de los últimos diez años, y lo está también en el terreno que podríamos llamar «práctico»; sobre todo, en el de los abogados, pendientes del último pronunciamiento jurisprudencial (más si es civil o laboral) para dar una determinada orientación a sus demandas o a sus oposiciones a ellas.

Por último, es también evidente que —como pone de manifiesto Capilla Roncero— se muestra cada día con más justificación *la necesidad de definir las condiciones y límites en la aplicación de la técnica del levantamiento del velo*; y esto, para no hacer de ella un instrumento que dé cabida a toda pretensión en la que la existencia de una persona jurídica sea, simplemente, «molesta» o «incómoda» para los intereses de una de las partes en conflicto.

2. Pero si la justificación objetiva de la presente ponencia resulta cuestionable, más que dudosa es la, por así decirlo, *subjetiva*, esto es, la que ha dado lugar a que sea precisamente yo quien me dirija a ustedes hablando de esta cuestión.

Doy por seguro que si alguna explicación tuviera mi participación en este ciclo, esa explicación no es otra que la de ser autor de un libro cuya tercera edición ve ahora la luz. Se trata de la obra *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia*, Madrid, 1995.

Pero no por falsa modestia, sino por elemental realismo, me apresuro a señalar que ese libro no tiene otro mérito que el de la jurisprudencia que recoge. En efecto, mi propósito no ha sido sino el de elegir los pronunciamientos jurisprudenciales de mayor interés en relación con la materia que nos ocupa, inicialmente en los ámbitos civil y social; luego en el terreno contencioso-administrativo (segunda edición); y por fin en el orden jurisdiccional penal, en el que la interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de abril de 1994 brinda un curioso ejemplo de expresa invocación del levantamiento del velo en el Derecho criminal (tercera edición). Hecho ese acopio jurisprudencial, que en las sucesivas ediciones se ha ido poniendo al día, mi segundo objetivo ha sido el de ordenar las resoluciones de acuerdo con un criterio de sistematización que, entre los posibles, me parece razonable: el de agrupar las sentencias en función de lo que, según el pensamiento de los diversos órganos judiciales, fue en cada caso el *fin perseguido* al formarse una persona jurídica, casi siempre una sociedad mercantil; o incluso en función de lo que, también en la opinión del correspondiente Tribunal, constituyó *el resultado de la existencia* (entre los litigantes o de forma próxima a ellos) de una persona jurídica.

3. Siendo como es tan amplio el marco de los problemas jurídicos en que puede encontrar aplicación la doctrina que nos ocupa, resulta obligado delimitar el ámbito de mi intervención.

Esta exposición va a versar sobre la llamada «ruptura del hermetismo» de la persona jurídica en lo que atañe a la denominada «comunicación» de la responsabilidad patrimonial, extendiendo la de una persona jurídica a los miembros que la componen. Intentaré poner de relieve los criterios que movieron a los Tribunales a llevar a cabo la indagación de lo que subyacía en el fondo de las personas jurídicas que en cada pleito estaban presentes. Y esto irá precedido de unas consideraciones sobre el origen de la doctrina del levantamiento del velo, sobre su «recepción» por nuestra doctrina y algunas de las dudas dogmáticas que plantea, así como en torno a la acogida que esta «técnica» ha tenido en la jurisprudencia española.

2. La «técnica» del levantamiento del velo. Su recepción por la doctrina española. Dudas acerca de su necesidad

1. Una de las formas, a mi juicio la más gráfica, de describir lo que es el levantamiento del velo de la persona jurídica, consiste en la traducción literal de la expresión inglesa *disregard of legal entity*. En efecto, levantar el velo es «desentenderse de la personalidad jurídica»; o dicho

de otro modo, prescindir de la forma externa de la persona jurídica, como si ésta no existiese, para a partir de ahí penetrar en su interioridad y adentrarse en su seno (su *substratum*, como suelen decir nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia). Todo ello, para así poner coto a los fraudes y abusos que por medio del «manto protector» de la persona jurídica se pueden cometer.

En virtud de ese «descorrer el velo», *si los Tribunales entienden que la estructura formal de la persona jurídica se utiliza con una finalidad fraudulenta y de forma desajustada respecto a lo que constituye su justificación, aquéllos descartan o prescinden de esa persona jurídica o de alguna de las consecuencias que de ella dimanar*, como es la de la separación absoluta entre la persona social y cada uno de sus miembros, con la correlativa separación entre sus respectivos patrimonios. De esta forma, mediante la denominada «ruptura del hermetismo de la persona jurídica» se prescinde por los jueces de las consecuencias que en circunstancias normales desencadenaría dicha figura; lo que es tanto como prescindir de ella misma, si bien a los efectos limitados de lo que en cada caso se encuentre en juego.

2. El «desentenderse» de la persona jurídica no es siempre, ni necesariamente, obra de la jurisprudencia. Hay ocasiones en que esa operación intelectual se lleva a cabo por la propia ley. Ocurre esto, por ejemplo, con la denominada «sociedad de un solo socio», puesto que el artículo 128 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 23 de marzo de 1995 (y por extensión la Ley de sociedades anónimas, en su artículo 311) establece un régimen de responsabilidad distinto del general cuando ha habido contratos entre el socio único y la sociedad unipersonal sin someterse a los requisitos de publicidad al efecto establecidos. Me ocuparé más adelante de esta nueva configuración de la sociedad unipersonal en nuestro ordenamiento.

Pero cuando hablamos del levantamiento del velo de la persona jurídica solemos referirnos a un criterio judicial, esto es, a una forma de reflexión o de razonamiento por cuya virtud los jueces prescinden de la cobertura formal que dicha institución significa, con el propósito de impedir que su inadecuada utilización conduzca a soluciones contrarias (o al menos distintas) de las que se alcanzarían con el correcto uso de la figura. Por decirlo de otro modo, se asigna a esta doctrina el carácter de «creación jurisprudencial». No es casual que muy frecuentemente se diga de ella que es una «técnica» en manos de los jueces.

Siempre se cita como antecedente un caso de la jurisprudencia inglesa, el conocido como *Salomon v. Salomon and Company Limited*. Y lo curioso es que en este juicio no prosperó el levantamiento del velo que pretendió el liquidador de la sociedad. Aron Salomon, que se había dedi-

cado durante algunos años al negocio de pieles, decidió constituir una sociedad que adquiriese su negocio, formada por él mismo y seis miembros de su familia, ostentando estos últimos sólo una acción cada uno. El se reservó las restantes hasta un total de 20.000 acciones. Después de que Salomon y dos de sus hijos fueran nombrados administradores, se firmó el contrato para la venta del negocio a la sociedad. Salomon, en cuanto tal administrador, constituyó en favor de sí mismo unas obligaciones privilegiadas en garantía del pago de parte del precio de esta venta; en otras palabras, constituyó una deuda de la sociedad frente a él, preferente a los demás créditos. El negocio no prosperó y cuando la sociedad fue liquidada, un año después, su pasivo era superior a su activo. Salomon hizo valer su condición de acreedor privilegiado para cobrar, absorbiendo todos los bienes de la sociedad en perjuicio de los restantes acreedores. El liquidador, que representaba a los acreedores no privilegiados de la sociedad, adujo que el negocio era, en realidad y todavía, el negocio del propio Aron Salomon, y que la sociedad no era sino una ficción destinada a limitar la responsabilidad por deudas de Salomon contraídas en el ejercicio de su actividad empresarial. De aceptarse esta tesis, Salomon tendría que ser obligado a satisfacer las deudas de la sociedad y su crédito por las obligaciones suscritas debía ser pospuesto hasta que los restantes acreedores de la sociedad fueran satisfechos.

Planteado el caso ante los Tribunales, el Juez Williams se mostró conforme con el criterio del liquidador. Sostuvo que los otorgantes del negocio de constitución de la sociedad distintos de Salomon eran meros testaferros y que el único propósito de Salomon al formarla fue el de usarla como un «agente» que hiciera negocios por él. El Tribunal de Apelación llegó a la misma conclusión, aunque por medio de otro razonamiento. Entendió que las leyes mercantiles intentaban conferir el privilegio de la responsabilidad limitada sólo a los genuinos accionistas independientes que aportaban su capital para comenzar una empresa, y no a un hombre que en realidad era el único propietario del negocio y que sólo se dedicó a encontrar seis testaferros para cumplir con ellos las formalidades de constitución de la sociedad.

No obstante, la Cámara de los Lores, en sentencia de 1897, revocó por unanimidad los fallos del Juez Williams y del Tribunal de Apelación y sostuvo que Salomon no era responsable ni ante la sociedad ni ante los acreedores, que las obligaciones fueron válidamente emitidas y que el derecho de garantía que pesaba sobre el activo de la sociedad era efectivo respecto a ésta y respecto a los acreedores.

A pesar de que se cita este caso —con razón— como precursor en la invocación de unos argumentos tan próximos al *disregard of legal entity*, ha sido la jurisprudencia norteamericana la que sobre todo ha dado auge

al levantamiento del velo. No es el caso de entrar en datos bibliográficos y por eso me limito a citar una obra en castellano muy ilustrativa al respecto. Me refiero a la de Dobson, *El abuso de la personalidad (en el Derecho privado)*, 2.^a edición, Buenos Aires, 1991.

El problema de fondo, esto es, el de la utilización abusiva de la persona jurídica, fue concienzudamente analizado en una magnífica obra de Serick, de 1955, que causó un gran impacto en la doctrina europea. Fue publicada en español en 1959 bajo el título *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles* (traducción de Puig Brutau, Barcelona).

Mientras tanto, en España, De Castro publicó en 1949 («Anuario de Derecho civil», pp. 1.397 ss.) un penetrante trabajo titulado *La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, del que, como he manifestado en alguna otra ocasión, bien puede decirse que hizo época. Siguiéron otros estudios del mismo autor, en idéntica línea, hasta el titulado *Formación y deformación del concepto de persona jurídica (notas preliminares para el estudio de la persona jurídica)*, dentro de la obra *Centenario de la Ley del Notariado* («Estudios jurídicos varios», Sección tercera, vol. I, Madrid, 1964, pp. 85 ss.). Estos y otros materiales posteriores se recogieron, en afortunada iniciativa, en el libro *La persona jurídica*, Madrid, 1981.

A veces de forma simultánea a la obra del Profesor De Castro, pero sobre todo con posterioridad a ella, vieron y han visto la luz en nuestro país otros trabajos que de manera más o menos directa plantean la cuestión del levantamiento del velo de la persona jurídica. No procede entrar en su detalle ahora.

3. Muchas son las consideraciones que desde el punto de vista dogmático sugiere la doctrina que nos ocupa, pero me limito a mencionar —y en pocas palabras— las que a mi juicio son más importantes.

En primer lugar, ocioso es señalarlo, el levantamiento del velo de la persona jurídica *pone en peligro la razón de ser o justificación misma de la figura*. No se puede dudar que la persona jurídica es una construcción lícita y útil; y es innegable, por tanto, que debe mirarse con prevención o al menos con cautela cualquier doctrina o cualquier criterio judicial que puedan ponerla en peligro. No carece de sentido, sino que es muy fundada, la puntualización que se encuentra en muchas de las sentencias de nuestros Tribunales que se inclinan por fórmula del levantamiento del velo. Sobre todo a partir de la sentencia de 28 de mayo de 1984, es habitual que al tratar de justificarse la práctica de penetrar en el *substratum* personal de entidades y sociedades se diga de ellas que son una «ficción o forma legal», pero para inmediatamente advertir que se trata (la persona jurídica) de una figura «de respeto obligado, por supuesto».

A nadie se le oculta que el primer motivo de reserva respecto de la doctrina del levantamiento del velo consiste en *el peligro de que con ella puedan tambalearse algunos de los objetivos legítimos que la persona jurídica propicia*. El jurista práctico se percató fácilmente de la inquietud que en la vida de la empresa y de los negocios han venido a sembrar (aunque acaso de forma un poco desproporcionada) algunos pronunciamientos jurisprudenciales de los que han optado por ese «prescindir» de la persona jurídica de que hablamos. Y no hay que descartar que esos temores hayan venido a producir alguna suerte de disuasión para la puesta en práctica de fórmulas jurídicas que quizá hace 15 ó 20 años no habrían suscitado el más mínimo reparo.

La otra gran cuestión que aquí se plantea es la de *la justificación misma de la práctica judicial de «levantar el velo»*. No faltan opiniones de que esa «técnica» puede tener sentido en un Derecho de creación jurisprudencial, como es el anglosajón, pero no en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista.

Dicho de otro modo, no parece impertinente preguntarse si la doctrina del levantamiento del velo no es un exotismo innecesario, habida cuenta que la dogmática jurídica y los ordenamientos positivos europeo-occidentales brindan al intérprete, y en concreto al juzgador, conceptos e instrumentos jurídicos bastantes para adoptar soluciones como las que el levantamiento del velo puede ofrecer. Nociones jurídicas básicas como son la de fraude a la ley, o la de fraude de acreedores, o la de abuso del derecho, o la de equidad, o en fin la de buena fe (como canon de comportamiento en el ejercicio de los derechos), se presentan, en efecto, como resortes jurídicos adecuados para solventar muchos de los problemas que, quizá con una excesiva inclinación a «lo nuevo», dicen resolverse mediante el recurso a la técnica del levantamiento del velo.

También en este punto procede advertir cómo nuestra propia jurisprudencia, incluso en los casos en que hace uso de esa técnica, suele justificar la adopción de tan particular doctrina (de la que se recomienda un uso «prudencial», y desde luego «según casos y circunstancias»), advirtiendo que su *puesta en práctica es al amparo de la equidad y de la buena fe y para evitar un «ejercicio antisocial» de los derechos derivados de la personalidad y para poner coto al fraude*. Parece como si en esas sentencias se estuviera reconociendo que, en el fondo, el levantamiento del velo no es más que una operación mecánica (se explicaría así que se hable de una «técnica»), cuyo fundamento sustantivo se halla en alguna o en todas esas nociones jurídicas antes citadas, en cuanto expresivas de *límites o fronteras en la aplicación de las normas jurídicas o en el ejercicio de los derechos subjetivos*.

Entiendo que es ésta la cuestión medular que se plantea cuando hablamos de la doctrina en examen. Y no puedo ocultar que no acabo de ver claras las cosas. Me parece que en la inmensa mayor parte de los casos en que se acude al levantamiento del velo, *el Tribunal podía haber llegado al mismo resultado mediante el recurso a alguno o algunos de esos conceptos básicos que he citado*. Pero acaso queden fuera de esta apreciación aquellas hipótesis en que, cuando el órgano judicial «levanta el velo» de una persona jurídica, lo hace para poner de manifiesto, no ya que la persona jurídica en cuestión *se hubiere constituido de mala fe o con ánimo de defraudar*, sino que lo rechazable es poner en práctica, con todas sus consecuencias, alguno o algunos de los principios y mecanismos jurídicos que tienen su asiento en la idea de que la persona jurídica goza de una identidad autónoma y perfectamente diferenciada de la de los miembros que la componen.

En concreto, esta última reflexión viene sugerida, por ejemplo, por la sentencia a la que todos (los jueces y quienes no lo somos) acudimos como más significativa. Me refiero a la ya citada de 28 de mayo de 1984, cuyos antecedentes de hecho permiten descartar que la constitución de la sociedad EMAYA por parte del Ayuntamiento de Palma de Mallorca estuviera inspirada por el propósito de causar el perjuicio que, de no haberse practicado el levantamiento del velo por la Sala Primera, se habría producido a la demandante de aquel pleito.

3. La acogida de esta doctrina en nuestra jurisprudencia

1. Como hemos venido diciendo, el primer pronunciamiento jurisprudencial en que de manera declarada vino a hacerse aplicación de la doctrina del levantamiento del velo fue la de la Sala Primera de 28 de mayo de 1984. Esto no significa que con anterioridad no se hubieran dictado sentencias en las que el Tribunal Supremo «prescindiera de la persona jurídica» para llegar al desenlace de sus correspondientes fallos, según luego tendremos ocasión de comprobar. Lo que ocurre es que éste de 1984 es el primer caso en que no sólo se utilizan expresamente las palabras «levantamiento del velo», sino el primero también en que se formula, por así decirlo, un cuerpo de doctrina en torno a la figura.

La demandante, una sociedad anónima, había sufrido daños en sus instalaciones como consecuencia de inundaciones y humedades resultantes de averías producidas en la red municipal de abastecimiento de agua de Palma de Mallorca. Por ello, entabló demanda contra Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado, S.A. (EMAYA), y contra el Ayuntamiento de la ciudad.

Se opusieron los demandados y, después de que se acumularan a los autos otros seguidos a instancias de la misma demandante contra una tercera compañía denominada ESA, el Juzgado dictó sentencia desestimatoria de la demanda. La sociedad actora interpuso recurso de apelación, que fue estimado en parte por la Audiencia. EMAYA formuló recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo, siendo ponente el señor De la Vega Benayas.

La sentencia del Supremo pone de relieve que inicialmente se dirigió la reclamación administrativa contra el Ayuntamiento y luego, para soslayar el problema de la legitimación pasiva, la demanda se planteó contra aquél y la citada empresa municipal. La Audiencia, reconociendo y admitiendo que EMAYA tenía propia y distinta personalidad, independiente de la del Ayuntamiento (por lo que absolvió a éste de la reclamación), condenó a la primera entidad al pago de la indemnización solicitada, a pesar de la excepción que ella había propuesto, esto es, la de haber prescrito el derecho ejercitado en virtud del artículo 1.968 del Código civil. Téngase presente que el acto de conciliación contra EMAYA se hizo transcurrido con creces un año desde el hecho dañoso.

Para adoptar su decisión, la Audiencia se apoyó no sólo en una interpretación restrictiva del instituto de la prescripción, sino en una asimilación de la reclamación previa administrativa a la interpelación extrajudicial como modo de interrupción de la prescripción (artículo 1.973 del Código civil), habida cuenta que dicha reclamación previa se dirigió contra quien, como el Ayuntamiento, no era sino «órgano de la sociedad anónima demandada» y «el Alcalde (era) Presidente de su Consejo de Administración», por tanto representante de aquélla. Habiendo sido el Alcalde «pleno recipiendario de la reclamación», la Audiencia reconoció a tal reclamación la eficacia interruptiva que se postulaba por la demandante, al darse en el receptor la doble condición de Alcalde y Presidente del Consejo de la anónima. Y todo ello, so pena de «quebrantar (de otro modo) los principios de buena fe y de confianza que inspiran todo el tráfico jurídico privado», aquí en la modalidad de gestión de un servicio público equivalente a la gestión directa.

El Tribunal Supremo, como decíamos, declaró no haber lugar al recurso de casación, que invocaba violación del artículo 1.973 del Código civil, pues —se decía— al gozar de personalidad jurídica independiente del Ayuntamiento, EMAYA no podía ser afectada por la interpelación que al Ayuntamiento (no a ella) se había formulado por la actora dentro del plazo hábil para interrumpir la prescripción en curso.

La Sala Primera razona en unos términos que luego han venido a repetirse en muchas otras sentencias (y no sólo del orden jurisdiccional ci-

vil), circunstancia que hace de esta sentencia un auténtico *leading case*, por utilizar un término muy expresivo del Derecho inglés. Son éstos:

«Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos 11 y 9.3), se ha decidido prudentemente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad, y acogimiento del principio de buena fe (artículo 7.1 del Código civil), la tesis y práctica de penetrar en el “*substratum*” personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo 6.4 del Código civil), admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar (“*levantar el velo jurídico*”) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7.2 del Código civil) en daño ajeno o de “*los derechos de los demás*” (artículo 10 de la Constitución) o contra intereses de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un “*ejercicio antisocial*” de su derecho (artículo 7.2 del Código civil), lo cual no significa —ya en el supuesto del recurso— que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos del tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cuál sea la auténtica y “*constitutiva*” personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad *ex contractu* o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, “*quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes*” y menos “*cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de los testaferros o de otra sociedad*”, según la doctrina patria.

Que también en el ámbito del Derecho administrativo, cuando se habla de los “entes públicos” o de gestión (“mutatis mutandis”), a los que se reviste de una forma jurídica perteneciente al Derecho privado (sociedades anónimas, por ejemplo), según se señala por autorizada doctrina, no se hace sino utilizar una técnica ofrecida por ese Derecho de modo instrumental, del uso de un procedimiento en el que la sociedad aparece como una simple forma para encubrir la creación de un ente filial puro y simple, externamente regido por el Derecho privado, pero en realidad —internamente— de la pertenencia de la Administración, tal como en el caso del recurso ocurre y se declara por la sentencia de instancia, en el que, según el contrato, el Ayuntamiento es órgano de la sociedad municipal y el Alcalde su Presidente del Consejo, es decir, con el poder, siquiera compartido, de gestión de la entidad, circunstancia más

que suficiente para no considerar tercero o extraño al Ayuntamiento con respecto a la sociedad municipal demandada y, consecuentemente, bastante para llegar a la misma conclusión que la sentencia impugnada, es decir, *que la interpelación hecha al Municipio vale para la sociedad como órgano integrante de ésta* (debe de querer decir “de éste”) y *que ésta ni puede ni debe pretender escapar de sus efectos, determinados en el artículo 1.973 del Código civil, por consiguiente no violado.*»

Como antes decía, y con independencia del mérito «histórico» que esta sentencia tiene, *el razonamiento y el fallo del Supremo permiten poner en tela de juicio la opinión de quienes entienden que la doctrina del levantamiento del velo es un recurso técnico innecesario porque otros conceptos o mecanismos más ajustados a nuestra tradición jurídica permiten llegar a similares resultados que los que con aquélla se alcanzan.* A diferencia de lo que ocurre con otras sentencias, aquí parece que a nada habría conducido acudir a formas de reflexión que girasen en torno a la idea de fraude, porque es de todo punto inverosímil pensar que EMAYA fuera constituida por el Ayuntamiento para dar lugar a confusiones (en el doble sentido de la palabra, de equivocación y de dificultad en identificar a la persona jurídica realmente responsable de los daños) como la que a todas luces sufrió la demandante antes de formular su reclamación judicial.

Vistas así las cosas, parece encontrar justificación que el Tribunal Supremo optase por la vía (en todo caso rodeada de cautelas y prevenciones) del levantamiento del velo. No obstante, *cabe preguntarse si para llegar al mismo desenlace desestimatorio del recurso no podía haberse invocado por la Sala el principio de la buena fe como regla para el ejercicio de todo derecho subjetivo.* En este caso, la facultad de EMAYA de oponer la excepción de prescripción —podría pensarse— habría de estar guiada por la idea de que la interrupción causada respecto al Ayuntamiento debía entenderse hecha respecto a la propia EMAYA, en virtud de las sustanciales concomitancias que dieron lugar a que el Tribunal Supremo dijera, nada menos, que EMAYA era un «órgano integrante» del Municipio. En todo caso, es una cuestión apta para el debate y no pretendo entrar en más profundidades.

2. Tiene notable parecido con el caso de la resolución que acabo de citar el de la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 20 de setiembre de 1988. En ella se acudió al levantamiento del velo como instrumento para considerar interrumpida la prescripción, aunque la declaración de voluntad en tal sentido no se dirigiese a la persona jurídica directamente responsable del daño.

Era demandante Doña María y demandados el Consorcio de Compensación de Seguros y RENFE. Se trataba de la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios como consecuencia del accidente de

ferrocarril sufrido por la actora. Esta había formulado intimación extrajudicial contra el Consorcio, como «asegurador obligatorio» de la compañía ferroviaria, pero en cambio no se había formulado declaración de voluntad de interrumpir la prescripción en cuanto a la propia RENFE.

El Juzgado había estimado la demanda; e interpuesto recurso de apelación por la representación de RENFE, la Audiencia lo desestimó, siendo ponente el señor Belloch Julbe.

La sentencia de la Audiencia hace expresa invocación de la del Supremo de 28 de mayo de 1984, reproduciendo sus pasajes más significativos, y dice —refiriéndose a RENFE— que «aparece como una simple forma para encubrir la creación de un ente filial puro y simple, externamente regido por el Derecho privado, pero en realidad, internamente, de la pertenencia de la Administración». Más adelante añade la sentencia que la concreta forma de la cual el Estado articula o instrumentaliza la gestión de los servicios públicos, manteniendo de manera efectiva el «control unitario y total de los diferentes organismos», no puede ser utilizada ulteriormente por el propio Estado (a través de la «ficción», en este concreto aspecto, de la creación de «personas jurídicas autónomas») para, en perjuicio de terceros de buena fe, «sustraerse a los efectos interruptivos de la interpelación realizada contra cualquiera de tales “organismos”, máxime cuando, como en el caso de autos, se trata de dos “organismos” (el Consorcio como “organismo autónomo del Estado” adscrito al Ministerio de Hacienda, RENFE como “personalidad de Derecho público” que, aunque actúe en régimen de “empresa mercantil”, depende real y efectivamente en gran medida del Gobierno a través del MOPU) que, además de formar parte de la llamada “constelación administrativa”, se encuentran íntimamente relacionados entre sí, al configurarse el Consorcio como el asegurador obligatorio de RENFE, de donde se infiere, así pues, de nuevo, que la diligente reclamación administrativa llevada a cabo ante uno de tales organismos debe valer como reclamación extrajudicial a los efectos interruptivos de la prescripción prevenidos en el artículo 1.973 del Código civil».

3. Estas dos sentencias que acabo de citar recuerdan algunas otras del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en que los Tribunales han efectuado diversas formas de «penetración» en una personificación jurídico-privada para llegar a la Administración matriz de la que aquella depende. Es el caso de la sentencia de la Sala Cuarta de 16 de marzo de 1973 (ponente señor Ponce de León), en que el Supremo calificó de contrato administrativo al otorgado por una sociedad anónima municipal, «en lugar de ser el propio Ayuntamiento el que de forma directa lo concertara», declarándose por ello la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer del asunto.

En la sentencia de 12 de junio de 1984, también de la Sala Cuarta (ponente señor Martín del Burgo), el Supremo, al referirse a un Patronato Municipal de Vivienda, dijo que su constitución «no pasa de ser un recurso técnico jurídico para agilizar y facilitar su gestión específica, pero sin que ello venga a representar, sobre todo en la práctica, que este ente pueda ser como un auténtico “*penitus extranei*” respecto al Ayuntamiento matriz, como lo evidencia el que los principales miembros de la Junta Rectora de aquél lo son por razón de los cargos desempeñados en éste».

Repárese en que en las dos sentencias que acabamos de mencionar se practica una genuina operación de levantamiento del velo, aunque sin utilizarse explícitamente esta terminología.

Parecido criterio se siguió en la sentencia de 2 de abril de 1986 (así mismo de la Sala Cuarta, ponente señor Reyes Monterreal), en un caso en que se discutía sobre la incompatibilidad o no de una persona para desempeñar el cargo de concejal de un Ayuntamiento (porque a la vez estaba ligado mediante contrato de trabajo, como médico, con el Patronato titular del Hospital Municipal). La Sala acepta la premisa de que las fundaciones, por el hecho de su constitución, adquieren la personalidad propia que se alegaba, añadiendo que por regla general el personal dependiente de ellas no puede entenderse que depende de quien instituye la fundación. Pero advierte el Tribunal que esta conclusión no puede ser aplicada en casos como el que allí se enjuiciaba, en que el objeto de la fundación era la realización de un servicio público. Porque, dice la Sala, aquella independencia no puede ser invocada «cuando el servicio no deja de prestarse por gestión directa de la Corporación, aunque al efecto se cree una Fundación pública del que sigue propiamente municipalizado, aunque adoptando una de las modalidades previstas para esta gestión directa por el 67 del propio Reglamento, por más que materialmente la efectúe el elemento personal que constituye el Patronato creado a tal fin, no exento, por ello, de la fiscalización y tutela del Ayuntamiento que lo crea, lo que, en cualquier caso, no supone que ello engendre otra personalidad distinta que la del propio servicio, habida cuenta que la misma se atribuye a éste y no a un ente distinto del Ayuntamiento por el artículo 85 del texto reglamentario, deviniendo así el servicio simplemente “personalizado” según el 86, con un patrimonio especial afecto a los fines específicos de la institución creada, pero cuya titularidad dominical el propio Ayuntamiento conserva, que se rige por un Estatuto aprobado por la Corporación misma y con una dirección y administración a la que ésta no es ajena».

En este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la Sala Cuarta, en sentencia de 9 de junio de 1988 (ponente señor González Navarro), hizo explícita mención del «levantamiento del velo»; dijo que era

necesario hacerlo para apreciar la auténtica relación que unía al Ayuntamiento de Barcelona con las fundaciones públicas que de él dependían. Se trataba de determinar si, como consecuencia de las relaciones entre el Patronato Municipal de Guarderías Infantiles de Barcelona y el Ayuntamiento de aquella ciudad, la primera de dichas entidades reunía o no los requisitos para gozar de una subvención del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. La Sala, después de invocar el «alzamiento del velo» de la personalidad jurídica, concluye que la relación entre el Ayuntamiento y las fundaciones públicas que de él dependen es una relación fiduciaria, en cuya virtud el ente matriz «confía» al Patronato la realización de una finalidad concreta, en este caso la guardería infantil. Declara la sentencia que «la personalidad de la fundación, por más que sea un instrumento útil de cara a facilitar una más fácil gestión, *no puede hacer perder de vista el carácter de simple órgano que en las relaciones internas tiene aquélla*. En consecuencia, la cocina del Ayuntamiento es cocina del Patronato y de las demás organizaciones —personificadas o no— dependientes de aquél».

En este orden de cosas, interesa señalar que la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1990 (ponente señor Fernández Rodríguez) utilizó el recurso del levantamiento del velo, aunque sin mentar esta expresión, para declarar la incompetencia de la jurisdicción civil en una demanda de impugnación de acuerdos sociales. La Sala desatiende la implícita alegación de que, por ser la demandada una sociedad anónima, era el orden jurisdiccional civil el competente para conocer del asunto, inclinándose, por el contrario, por la contemplación de lo que podríamos llamar «vertiente interna» de la sociedad anónima municipalizada de que se trataba en aquel caso.

4. Mas, como decíamos antes, ha sido sobre todo en el orden jurisdiccional civil donde la doctrina del levantamiento del velo ha tenido más amplia acogida.

Abierto el camino por la tan repetida sentencia de 28 de mayo de 1984, muchas han sido las que con posterioridad han recurrido a la doctrina que nos ocupa. Y no es el caso de pormenorizarlas aquí. Me limito a reproducir el criterio de sistematización u ordenación que he venido adoptando en mi obra antes citada. Es, desde luego, uno más de los posibles y quizá no el mejor, pero sólo como sugerencia me permito proponer esa forma de catalogación.

Hay, en primer término, sentencias en que el «desentendimiento» de la persona jurídica es para extender la responsabilidad civil (en el sentido estricto de deber de reparar el daño) de una de ellas a otra o a los socios de la primera. En otras sentencias encuentro un hilo conductor consistente en que en ellas el levantamiento del velo permite descubrir la identi-

dad entre los intereses de una persona jurídica y los de un sujeto individual, casi siempre a efectos de extender a este último las obligaciones formalmente incumbentes a aquélla. El denominador común de otras sentencias es el de haberse «descorrido el velo» de una persona jurídica para llevar a cabo valoraciones éticas de conductas, esto es, actos de enjuiciamiento que en principio sólo caben respecto a personas físicas; por ejemplo, para indagar sobre la buena o mala fe, para descubrir en la existencia de una dualidad formal de sociedades un instrumento para engañar o desorientar a proveedores, o para concluir en la efectiva violación de un pacto de no concurrencia, etc. Otro grupo de resoluciones se caracteriza porque en ellas el levantamiento del velo es para contemplar la persona jurídica como objeto, no como sujeto de la relación controvertida en cada caso.

Un conjunto distinto de sentencias es el de aquellas en que el protagonismo corre a cargo de una sociedad de un solo socio o, en general, de una persona jurídica de único miembro. También son numerosas las sentencias civiles en que el levantamiento del velo entra en juego en casos de tercería de dominio o en que, en términos más amplios, es una regla procesal la que ha de ser aplicada de una u otra forma. Hay también sentencias susceptibles de catalogarse en un grupo autónomo, por cuanto el levantamiento del velo determina una u otra orientación del asunto en relación con actos fiduciarios. No faltan sentencias en que el levantamiento del velo se lleva a cabo en problemas relacionados con el disfrute de bienes. Por fin, dentro de esta personal clasificación, no pocas resoluciones hacen uso del levantamiento del velo para evitar consecuencias injustas que pudieran resultar de la confusión entre las denominaciones de personas jurídicas distintas.

5. No puede dejar de mencionarse el hecho de que antes de la sentencia de mayo de 1984 hubo otras civiles que, sin declararlo con estas palabras, implicaron alguna forma de «desentenderse» de la persona jurídica o de «adentrarse» en su interioridad.

Es el caso de la sentencia de 30 de abril de 1959, siendo ponente el señor Murga Castro. Se trataba de la demanda planteada con motivo de un accidente de circulación y la Audiencia la había desestimado por falta de legitimación pasiva del dueño del vehículo en que se produjo el accidente, dado que con él no había celebrado el demandante contrato alguno. Pero el Tribunal Supremo concluye que *son «ambas empresas una sola entidad, con una unidad patrimonial (por lo que) puede y debe el demandado responder de la culpa de su dependiente, en razón a que no debió confiarle, en beneficio del interés público, el servicio que le encomendó»*.

Otro precedente interesante fue el constituido por la sentencia de 21 de febrero de 1969. En un problema que giraba en torno a una opción de

compra, la Sala, siendo ponente el señor Taboada Roca, dijo que «no puede ampararse un fraude de ley para dejar de cumplir los contratos válidamente celebrados, *máxime en una sociedad familiar y regida de hecho por el padre...*, en la que su personalidad jurídica constituía una ficción legal..., por todo lo que no debe considerarse como un tercero frente al contrato litigioso».

En la sentencia de 8 de enero de 1980 se encuentra una expresión de lo que significa el levantamiento del velo de la persona jurídica, pero precisamente para no aplicarlo, esto es, para no llegar a las consecuencias que con su puesta en práctica procederían. Dice la Sala, siendo ponente el señor de la Vega Benayas, que «*es correctamente admisible la posibilidad de investigar el fondo real de la situación, sin detenerse en la forma jurídica de la persona para, en atención a los individuos reales que la constituyen y a su posición, pronunciarse sobre los intereses en juego y su protección, de acuerdo con los principios que regulan la conducta contractual*». Lo verdaderamente singular, como decíamos, es que el Tribunal Supremo lleva a cabo la «penetración» en la interioridad de la persona jurídica pero no para concluir en la existencia de intereses idénticos entre la sociedad anónima y sus socios, sino justamente para lo contrario, esto es, para sostener la afirmación de que entre sociedad y accionistas existía una genuina contradicción o dualidad de intereses.

Son sentencias en la misma línea, todavía más remotas, las de 12 de diciembre de 1950, 22 de junio de 1956 y 5 de mayo de 1958.

En la primera de ellas, siendo ponente don Mariano Miguel y Rodríguez, y con ocasión de valorarse la «mala fe» de la sociedad adjudicataria de una finca, la Sala dice que «no sería contraria a las reglas de la sana crítica la deducción ... de que los cuatro socios componentes de aquella conocían los defectos y vicios de que adolecía el procedimiento y que necesariamente tenían que afectar a la validez de sus respectivos títulos adquisitivos». En suma, una interesante «comunicación» de la mala fe entre la sociedad y sus cuatro socios.

En el caso de la sentencia de 22 de junio de 1956, de la que fue ponente el señor Siboni Cuenca, se debatía sobre la validez y eficacia de un derecho de opción de compra constituido por los copropietarios de un molino, que luego aportaron sus participaciones a una sociedad creada por ellos mismos. El Supremo concluye que no era lícito oponer que la mala fe no se daba en la sociedad limitada así constituida, diciendo que, de no ser así, «se derrumbaría la seguridad de la contratación por el sencillo artificio de constituir una razón social con aportación de bienes que los propios aportantes, de manera voluntaria y libre, habían comprometido en el cumplimiento de obligaciones que contrajeron y que ocultaron

al constituir la sociedad, lo que pugna con los más elementales principios de la Moral y del Derecho».

En cuanto a la sentencia de 5 de mayo de 1958, de la que fue ponente el señor Rodríguez Valcárcel, recayó en la demanda entablada contra un socio colectivo y además gestor de una compañía mercantil en comandita llamada «A.C. y compañía». Se decía que había usado mal de la facultad privativa de administrar y de la firma de la compañía, por haber aplicado los bienes de la misma para negocios de cuenta propia y de su familia, constituyendo, mediante las personalidades interpuestas de su mujer y de sus hijos, una sociedad anónima de la misma denominación, con el fin de suplantar a la comanditaria en su negocio y de apropiarse de él en beneficio de sus familiares. La Sala, refiriéndose al contrato sin causa o con causa ilícita, dice que el artículo 1.275 del Código civil da «un amplio concepto de la ilicitud causal en el sentido de oponerse lo pactado a las leyes o a la moral, norma que los Tribunales deben integrar en cada caso con criterios objetivos extraídos del mismo ordenamiento jurídico y de concepciones todavía más altas que lo inspiran en calidad de principios éticos comúnmente adoptados, y entre ellos el de que nadie puede despojar a otro sin la voluntad del despojado y por su propia decisión, cualquiera que sea el medio aparentemente empleado como no reprobado en ambas esferas de la Moral y de Derecho; y al afirmarse en el tercero de los pronunciados de la sentencia recurrida que la sociedad anónima “A.C. y compañía” fue formada con el propósito de absorber la comanditaria del mismo nombre “A.C. y compañía”, sociedad en comandita, sin previas disolución y liquidación de ésta y de acuerdo social dirigido a la absorción, resulta evidente y certera la calificación hecha en la instancia, no impugnada con éxito en casación, de la ilicitud causal con sus consecuencias naturales».

6. No es necesario encarecer la importancia que la técnica del levantamiento del velo viene teniendo en la resolución de asuntos propios de la jurisdicción social o laboral. Abundan en ella las sentencias en que, haciéndose o sin hacerse expresa mención de esta doctrina (es habitual la cita de sentencias del orden civil en tal sentido), se lleva a cabo la penetración en la interioridad de una sociedad mercantil, esto es, la acción de desvelar el *substratum* personal de empresas constituidas en forma de sociedad. Son, sobre todo, asuntos en que estaba en juego el principio de «unidad de empresa», con la variada terminología que en este terreno es usual («conjunto económico único», «grupo empresarial», «grupo de empresas», etc.), cuestión en la que una considerable casuística ha dado lugar a dificultades de definición o delimitación que, a mi juicio, aborda con gran solvencia la sentencia de la Sala Cuarta de 30 de junio de 1993, muy digna de tenerse en consideración en la materia que nos ocupa.

4. El «levantamiento del velo» como instrumento para extender la responsabilidad. A) Sentencias que lo hacen. B) Sentencias que lo rechazan y advierten de la cautela necesaria en esta materia

A continuación menciono algunas sentencias que se han acogido al levantamiento del velo de una persona jurídica (de ordinario una sociedad) para «comunicar» su responsabilidad patrimonial a la de los socios componentes de la misma, o a alguno de ellos. Luego dedico una breve atención a sentencias que, por el contrario, no acceden a esa «ruptura del hermetismo» de la persona jurídica y advierten de la excepcionalidad de cualquier criterio judicial conducente a ese resultado, así como de la cautela que debe presidir la actuación de los Tribunales en este punto.

A) Resoluciones del primer tipo de los dos mencionados.

1. En ese primer grupo es interesante la sentencia de 4 de marzo de 1988. Siendo ponente el señor Serena Velloso, la resolución sale al paso del intento de la recurrente de eludir la identificación entre las cuatro sociedades anónimas encartadas en el asunto, que la sentencia de instancia había establecido como base fáctica de la condena de la única sociedad formalmente demandada y por ello condenada.

La sentencia, en la parte que interesa, comienza con el siguiente razonamiento: «*También ha de alinearse, en pro del mantenimiento de la condena que pronuncia la sentencia impugnada, la doctrina de esta Sala, que no ha vacilado en apartar el artificio de la sociedad para decidir los casos según la realidad.* El Tribunal de instancia deja afirmado, según las transcripciones que se ofrecen en el primero de los presentes fundamentos, “que las tres sociedades anónimas, pese a su apariencia formal, pertenecen a una sola persona o familia, como lo confirman su propia denominación, la escasa diferencia, por no decir identidad, de su objeto social, el hecho de tener el mismo Presidente y como Administrador un empleado a veces de una u otra y hasta la ubicación de la industria en las mismas naves o en otras adyacentes formando una unidad”; *estas tres sociedades y solamente ellas concurrieron a formar en 1973 la Asociación AGEMAC y en 1978 a constituir la anónima de igual nombre.* Según la jurisprudencia aludida, formada entre otras por las sentencias de 28 de mayo de 1984, 27 de noviembre de 1985, 9 de julio de 1986 y 16 de febrero y 24 de setiembre de 1987, *en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución ...*» (sigue la reproducción textual de lo que con estas mismas palabras iniciales dijo la sentencia de la Sala Primera de 28 de mayo de 1984, tantas veces citada por nosotros).

2. Sentencia de 5 de junio de 1990.

El juicio tuvo su origen en la demanda incidental de oposición a una declaración de quiebra entablada contra Banco X., pretensión que fue de-

sestimada en el Juzgado y en la Audiencia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, siendo ponente Don Jaime Santos Briz.

La sociedad quebrada recurrente invocó el hecho de no encontrarse en situación de insolvencia, aduciendo que ésta podría darse en sus dos únicos socios, según se desprende del no muy expresivo relato de los fundamentos de Derecho, que es la parte de que disponemos. Lo cierto es que la sentencia, en uno de ellos, dice:

«El motivo segundo, con idéntico amparo procesal, y con el mismo reproche que se hizo al primero, acusa la infracción del artículo 1.025 del Código de comercio de 1829, insistiendo en que no puede concluirse que la empresa haya efectuado una cesación de pagos, afirmación que se hace olvidando los hechos probados, que no han sido impugnados en casación por el cauce adecuado, y se afirma o se insiste también en la dualidad de personas entre el socio y la sociedad, de donde es evidente que, en casos como el ahora debatido, *la alegación es inútil en cuanto la identificación de socio y sociedad no puede negarse, al margen de la teoría de la personalidad independiente de las sociedades frente a los socios individuales que las forman, y serían un summum jus summa injuria exigir un nuevo proceso contra las dos personas físicas únicas que componen la persona jurídica social debatida, o viceversa.*»

3. Sentencia de 20 de junio de 1991.

El caso que dio lugar a este pleito era particularmente complejo. Doña María del Carmen D.P. pidió que se condenase a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona (hoy, La Caixa) al pago de determinadas cantidades, accediendo el juzgado a ello plenamente. La entidad demandada apeló sólo el pronunciamiento respecto al abono de 11.758.814 pesetas, que la actora afirmaba haber recibido como fiduciaria de O., S.A., para la compra de determinados valores bursátiles, ordenando posteriormente su venta. Venta que fue llevada a cabo pero ingresando la Caja tal importe en la cuenta corriente de S.P., S.A., error que no fue enmendado, lo que obligó a la demandante a reintegrarlo a O., S.A. Por esta razón, la actora reclamaba la citada cantidad, entre las demás de la demanda, en concepto de daños y perjuicios.

La Audiencia estimó el recurso y sentó que había existido «un claro y burdo montaje urdido entre la actora y su esposo para conseguir el ilícito beneficio de un cobro al que no podían tener el más mínimo derecho, por tratarse de una pura invención o maniobra fraudulenta», a cuyo fin la Audiencia se basaba en las interrelaciones existentes entre la demandante, su marido y las dos sociedades expresadas. A tal efecto, la Audiencia había tenido en cuenta los siguientes elementos de hecho: 1) La actora había otorgado el 19 de febrero de 1973 a favor de su marido un poder general que seguía vigente; 2) el citado esposo era apo-

derado y único administrador de las sociedades S.P., S.A., y O., S.A., de las que además era accionista la demandante; 3) el 10 de agosto de 1983, la actora y su esposo suscribieron una póliza de afianzamiento de todas las operaciones a realizar por S.P., S.A., y O., S.A., hasta un límite de 105.000.000 de pesetas; 4) la orden de venta de aquellos valores fue firmada por el marido de la demandante con indicación del número de cuenta en que se había de ingresar el valor de los mismos, ingreso que aunque la actora dijo que se había hecho equivocadamente en la cuenta correspondiente a S.P., S.A., no permite olvidar que la disponibilidad de ambas cuentas correspondía a su esposo; y 5) el recibo de pago de O., S.A. había sido «creado» con posterioridad al acto de conciliación en el que se efectuaba ya la reclamación, siendo firmado por doña Carlota D., hermana de la demandante. De todo ello concluyó la Audiencia que la deuda era improcedente, por no haberse probado la intervención de la actora como «fiduciaria», ya que, por ser accionista de las dos sociedades, no era «tercera particular» a la concreta relación de «encargo», sino absolutamente interesada y beneficiada en la misma, tal y como ficticiamente se había instrumentado. Añade la Audiencia que el ingreso de los citados 11.758.414 pesetas en la cuenta corriente de S.P., S.A., en lugar de en la de O., S.A., no implicaba ninguna desviación del reintegro o de la devolución, por cuanto, en definitiva, todo convergía en la misma persona que administraba y disponía de todos los «patrimonios», afectados además a la obligación de cobertura asumida en la póliza de crédito, siendo de resaltar —añade la Audiencia— «el abuso, fraude y desconocimiento de la más mínima ética, decoro y señorío que debe presidir toda actuación de un derecho» y que «el engaño, montaje o apariencia, al quedar desmontado desde el análisis de la auténtica realidad, obligaba a revocar la resolución recurrida».

Interpuesto recurso de casación por la demandante, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo, siendo ponente el señor Fernández Cid de Temes.

En su fundamento jurídico segundo, la sentencia hace unas interesantes consideraciones acerca del significado que, en general, merece el concepto de fraude de ley. Dice al respecto:

«... pues el fraude de ley civil lo que exige precisamente es la concurrencia de una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos o normas legales en que se amparan (SS. de 6 de febrero de 1957 y 1 de abril de 1965), habiendo incluso declarado esta Sala que no es preciso que la persona que realice el fraude de ley tenga intención o conciencia de burlarla (S. de 13 de junio de 1959); en definitiva: no parte la sentencia recurrida de la existencia de un ilícito penal, sino que del análisis conjunto de los hechos llega a la conclusión de

que concurre un ilícito civil encuadrable en el fraude de ley, pues el dinero no fue o se quedó en el patrimonio de la Caja, sino a una sociedad de la que el marido de la actora tenía la misma disponibilidad que la de su propio patrimonio, el de su esposa y el de la sociedad que debiera haber sido destinataria, respondiendo todos, e incluso las cédulas hipotecarias, de las operaciones de expresadas sociedades, cual se desprende de la simple lectura de la póliza de afianzamiento solidario y sus anexos, todo lo cual valora conjuntamente en uso de una potestad que le es propia, todo lo cual se examinará con más detalle al analizar la conducta fraudulenta».

Pero es en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia donde la Sala Primera formula las manifestaciones que nos interesan en torno al levantamiento del velo de la persona jurídica. Dice al respecto la Sala:

«e) La práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o formal legal se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (artículo 6.4 del CC) o la conducta fraudulenta en general, admitiéndose la posibilidad de que los jueces pueden penetrar (levantar el velo) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7 2 CC), en daño ajeno o de los derechos de los demás, fundamento del orden público y de la paz social, es doctrina jurisprudencial consolidada (SS. de 4 de marzo de 1988, 24 de setiembre de 1987, o 5 de mayo de 1958 y 28 de mayo de 1984, por citar sólo algunas).»

A renglón seguido, el Tribunal Supremo viene a hacer unas muy atinadas consideraciones sobre la aplicación de la figura del fraude de ley a las particularidades del caso. Dice la Sala:

«f) El fraude es sinónimo de daño o perjuicio conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado a tal fin, valiendo tanto como subterfugio o ardid, con infracción de deberes jurídicos generales que se imponen a las personas, implicando, en el fondo, un acto *contra legem*, por eludir las reglas del Derecho, pero sin un enfrentamiento frontal, sino, al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura o una cobertura indirecta, respetando la letra de la norma, pero infringiendo su espíritu, de forma que el “*fraus alterius o fraus hominis*” implica, con carácter general, un “*fraus legis*”, pudiendo afirmarse que las normas citadas en el motivo que se analiza sólo tienen esa finalidad de normas de cobertura, por lo que la Audiencia procedió conforme al Código civil en su artículo 6.4 y los generales del abuso o mala fe al impedir que se alcanzase el efecto defraudatorio de pagar dos veces a quienes vienen ligados por un solo interés, cabiendo la destrucción del error con un simple trasvase de cuentas, dado que el marido de la actora tenía la disponibilidad de todos los patrimonios, pudiendo evitar el enriquecimiento injusto que se pretende (ver sentencia de 30 de marzo de 1988).»

4. Sentencia de 5 de julio de 1991.

Como por desgracia ocurre algunas veces, la lectura de los fundamentos de Derecho de esta sentencia no permite hacerse cargo cabalmente de lo que en ella se trataba. Lo que está claro es que la parte actora había entablado demanda contra dos esposos y contra una sociedad anónima de la que estos últimos eran únicos socios. El Juzgado, estimando la demanda, condenó solidariamente a los esposos demandados y a la sociedad anónima a pagar las cantidades reclamadas. La Audiencia desestimó el recurso de los demandados en su integridad. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo, siendo ponente el señor Marina Martínez-Pardo.

Lo que se desprende de la lacónica descripción fáctica de esta sentencia es que se trataba de la reclamación basada en un contrato en el que, al parecer, no había sido parte —formalmente hablando— la sociedad demandada. La lectura del fundamento jurídico segundo lleva a la conclusión de que los esposos demandados habían constituido la sociedad anónima con el exclusivo propósito de llevar a cabo una actividad que luego formalizaron ellos personalmente, es decir, a título individual o como personas físicas.

Lo cierto es que el párrafo primero de ese fundamento sirve al Tribunal Supremo para invocar un criterio, que se dice de la propia jurisprudencia, por cuya virtud *la limitación de responsabilidad de las sociedades mercantiles no puede mantenerse en algunas de ellas (esto es, en algunos casos), añadiéndose que se trata de supuestos en que «debe descorrerse el velo de la personalidad».*

Es lástima que la sentencia no sea más explícita, porque *la afirmación general de que la limitación de responsabilidad de una sociedad anónima no puede mantenerse en ciertos casos parece requerir la puntualización de a qué casos se refiere la Sala del Supremo.* No ocurre así en la presente sentencia, sino que se formula el principio antes mencionado, que se denomina «criterio tantas veces sostenido por esta Sala», sin mayores puntualizaciones.

Lo que parece claro es que, en cualquier caso, no puede romperse con el principio de limitación de responsabilidad de una sociedad anónima por la simple circunstancia (que es la única que se menciona en esta resolución) de que sus únicos socios sean esposos entre sí. Dicho de otro modo, la generalización en términos absolutos de esa afirmación parcial de la sentencia podría conducir a conclusiones inaceptables y que a todas luces no ha pretendido formular la resolución que nos ocupa.

5. Sentencia de 12 de noviembre de 1991.

Se trataba de la demanda formulada por «M» contra «LSBV», en reclamación del importe de los envases que la sociedad demandante había vendido y que habían sido remitidos para ser rellenados con berberecho

elaborado en Holanda, país de origen de la compradora, con ulterior reenvío a España, a casas importadoras de nuestra nación. La sociedad demandada se opuso a la demanda alegando exclusivamente que la compradora no había sido ella sino «SAL», de lo que se extraía la conclusión de su falta de legitimación pasiva (la de la propia demandada). La sentencia del Juzgado desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia, revocando la sentencia de primera instancia, estimó íntegramente la demanda. Formulado recurso de casación por la sociedad demandada, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo, siendo ponente el señor Malpica y González-Elipe.

La sentencia, después de reproducir el ya muy conocido pronunciamiento doctrinal sobre el levantamiento del velo, en los términos en que lo formuló la sentencia de 28 de mayo de 1984 (aunque la cita es de otras resoluciones posteriores), declara aplicable esa doctrina al caso enjuiciado, en el que —dice la Sala— «se ha patentizado por la vía de hecho esa *ubicuidad, ambigüedad y suplantación recíproca de las dos entidades mercantiles independientes* que denotan, al menos en el negocio que nos ocupa, una identidad de intereses fruto de un entramado subjetivo e interno común a ambas».

Es lástima que la fundamentación jurídica de esa sentencia no arroje más luz acerca de los criterios que movieron, tanto a la Audiencia como al Supremo, a utilizar la técnica del levantamiento del velo y llegar a las conclusiones a que ambas Salas llegaron. No obstante, de la lectura del fundamento jurídico cuarto se desprende que para el Tribunal Supremo el criterio decisivo no fue, desde luego, el hecho de que las dos sociedades tuvieran el mismo director, sino la circunstancia de que la sociedad que había llevado a cabo el envasado de los productos en Holanda no era la que había recibido los envases objeto de la compraventa del pleito. El Tribunal Supremo añade que no existe justificación ni explicación en autos de esa dualidad de comportamientos, que es la base de la conclusión de que ambas sociedades encubrían los mismos intereses, es decir, que se trata de una dualidad ficticia.

Estimamos que muy serios y fundados tuvieron que ser los motivos del Supremo para formular este razonamiento, porque, en principio, el hecho de que una sociedad fuera la compradora de los envases para enlazar los derechos, y otra distinta la que los envasara y comercializara, podía ser consecuencia de algo tan frecuente y normal como es que la primera vendiera a la segunda tales envases para los fines comerciales de esta última. No obstante, parece que en lo que hay que fijarse es en el dato de que el Tribunal Supremo pone el énfasis en que no se ha probado en autos la llamada «dualidad de comportamientos», palabras un tanto ambiguas a nuestro juicio pero que probablemente quieren referirse al

hecho de que si entre la sociedad compradora de los envases y la que llevó luego a cabo el enlatado de los berberechos hubiese habido algún tipo de relación contractual (la citada de compraventa de envases), esa relación contractual podía haberse acreditado cumplidamente por parte de la demandada para probar en debida forma que su traída al pleito había sido indebida o injustificada.

Dicho con otras palabras, parece que en esta sentencia tenemos que leer entre líneas y suponer que la Sala Primera contó con elementos de juicio suficientes para concluir que la utilización de dos nombres sociales diferentes había sido, exclusivamente, con el propósito de engañar a la parte vendedora de los envases demandante y, en definitiva, para intentar sustraerse a la obligación de pago del precio de tales objetos.

6. Sentencia de 12 de febrero de 1993.

Se trataba de la demanda de mayor cuantía planteada por R., S.A., contra R.P., S.A., que a la vez formuló reconvencción. El pleito versaba sobre nulidad de contrato. En primera instancia se desestimó la demanda y se estimó parcialmente la reconvencción. La Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado, con la variación de condenar a la actora reconvenida al pago de una cantidad a determinar en ejecución de sentencia. Interpuesto recurso de casación por la actora, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo, siendo ponente el señor Albácar López.

La sentencia esgrime dos grupos de razones para desestimar el recurso. Como «razón primera» se formulan por la Sala las tan reiteradas declaraciones de la sentencia de 28 de mayo de 1984. Luego se hace mención de pronunciamientos más recientes, empezando por el de la sentencia de 27 de noviembre de 1987, que consideró que el sujeto pasivo de la deuda reclamada era el demandado y no la sociedad de que era único socio, y ello con independencia de la apariencia jurídica creada con la constitución de aquel ente colectivo. Otra sentencia citada es la de 9 de julio de 1986, que «prescindió de la forma social por la “particular composición de la sociedad recurrente”».

En segundo término, en aplicación de todo ello al caso entonces enjuiciado, la sentencia dice:

«Que en el supuesto que nos ocupa, y si se parte de los hechos que la resolución recurrida reputa probados y que no han sido combatidos en esta vía, de que la actora incumplió su obligación de no vender los productos a que alude la cláusula sexta a través de una entidad “directamente vinculada con ella”; “que tal entidad estaba dirigida por las mismas personas”, que la actora tiene en ella “una participación superior al 41 por 100”; que celebra alguno de sus Consejos de Administración “en su domicilio de León” y que “no tienen absolutamente separados sus ámbitos de relaciones mercantiles”, necesario resulta concluir que *la actuación de la actora a través de otra en-*

tividad relacionada con ella en el modo indicado comporta un ejercicio anti-social de su personalidad con daño para terceros, permitiéndole cumplir un compromiso adquirido a través del mecanismo de imputar sus actos a una sociedad que, a los efectos que nos ocupan, debe ser reputada como directamente relacionada con la actora, por lo que la resolución recurrida, al así estimarlo y condenar a la actora reconvenida al abono de los daños originados por su incumplimiento, en modo alguno infringió los preceptos citados en este primer motivo, que debe ser, por ello, desestimado.»

Se observará que esta sentencia hace explícita aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, en el concreto aspecto de determinar que la «penetración en el substrato» de la sociedad demandante y de «Rubiera Burgos, S.A.», constituye una forma de acreditar que la demandante había incumplido su obligación contractual (para con la demandada) de no vender sus productos en Asturias a través de compañías vinculadas a ella. Por decirlo de otro modo, la Sala Primera utilizó la técnica del levantamiento del velo para determinar lo que significa o lo que se puede entender por «vinculación» entre sociedades, a todas luces a efectos del respeto a un pacto de exclusiva como el que sin duda, en este caso, había existido entre demandante y demandada.

7. Sentencia de 12 de marzo de 1993.

En esta sentencia, que declaró no haber lugar al recurso de casación formulado por los demandados y de la que fue ponente el señor Morales Morales, se emite la afirmación de que «la normativa reguladora de las sociedades anónimas no puede ser amparadora de la conducta de mala fe negocial con que los demandados han venido actuando».

Los demandados, personas físicas, habían comprado unas mercancías en nombre propio y ocultado la existencia de una sociedad formada por ellos, existencia que luego alegaron en el pleito para que se desestimara la demanda contra ellos dirigida. El Supremo reconoce la «operación de confusionismo» creada por los interpelados, ocultando a la actora que las mercaderías hubieran sido adquiridas para la sociedad anónima que dijeron (y probaron) existir.

La sentencia, como conclusión de sus razonamientos dice:

«.. y sin olvidar en modo alguno la normativa reguladora de las sociedades anónimas (en cuanto a su personalidad jurídica propia y en cuanto a la no responsabilidad personal de sus accionistas por las deudas sociales), ha entendido correctamente que dicha normativa no puede ser utilizada como amparadora de la conducta de mala fe negocial con que los demandados han venido actuando, al contratar en nombre propio con la vendedora, ocultando a ésta que las mercaderías las compraban para dicha sociedad anónima y luego pretender cobijarse en la existencia de ésta para eludir el pago del precio de las mismas.»

La sentencia no utiliza la expresión «levantamiento del velo» para llegar al desenlace desestimatorio del recurso. Es posible que la Sala acierte al no hacer dicha invocación, porque *probablemente es éste uno de los casos en que con más claridad se manifiesta que la doctrina del levantamiento del velo constituye un recurso técnico innecesario cuando el conflicto enjuiciado puede ser resuelto —con el mismo desenlace— mediante la utilización de principios, conceptos, instituciones o criterios de corte «tradicional», esto es, no necesariamente sustentados en ninguna actividad de «penetración» en la interioridad de una persona jurídica.*

En síntesis, no era un caso de constitución de una sociedad mercantil para la legítima satisfacción de los intereses de los socios, sino que de lo que propiamente se trataba era de que dos personas físicas, que habían aparentado comprar unas mercancías en su propio nombre, llegado luego el momento del pleito alegaron que tales adquisiciones las habían realizado para una sociedad anónima de la que ellos mismos eran socios.

8. Sentencia de 16 de febrero de 1994.

Interpuesta demanda contra una Caja de Ahorros y don Joaquín, el Juzgado y la Audiencia condenaron a los demandados al pago solidario a la actora de la cantidad reclamada, más intereses legales. Interpuesto recurso de casación, el Supremo declaró no haber lugar al mismo, siendo ponente el señor Gullón Ballesteros.

La sentencia que nos ocupa hace aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, amparándose en la circunstancia de que por el code mandado recurrente en casación se había hecho «abuso» de la personalidad jurídica de una compañía mercantil mediante el sistema de aparecer a veces como persona física y otras como persona jurídica de su mismo nombre en sus relaciones mercantiles.

Y a este respecto dice la sentencia:

«... no se percibe de que la sentencia que recurre ha confirmado la de primera instancia, haciendo una remisión expresa a ésta, que en su fundamento jurídico segundo (aunque la Audiencia por error dice tercero) *resalta la conducta contraria a la buena fe del codemandado y ahora recurrente, que unas veces, según su conveniencia, aparece como persona física y otras como persona jurídica de su mismo nombre y, en consecuencia, aplica la doctrina de esta Sala sobre la necesidad del “levantamiento del velo de la persona jurídica”, que aquí se traduce en que la sociedad y la persona física demandadas debe considerarse que son lo mismo, como no podía ser de otra manera cuando en autos se ve que es esta última la que hace y deshace, y la sociedad está constituida en un 80 por 100 por el recurrente, en un 10 por 100 por su padre y en otro 10 por 100 por otra persona.*».

9. Sentencia de 30 de julio de 1994.

Construcciones Arvill, S.A., acreedora de la promotora Ibérica Osuna, S.A., como consecuencia de un contrato de obra, cedió su crédito a Construcciones El Partal, S.A., cesión notificada notarialmente a Inmobiliaria Osuna, S.A. Sosteniendo que Ibérica Osuna, S.A., e Inmobiliaria Osuna, S.A., son una misma persona jurídica y que la primera tenía conocimiento de la cesión del crédito, Construcciones El Partal, S.A., demandó a Construcciones Arvill, S.A., a Ibérica Osuna, S.A., y a Inmobiliaria Osuna, S.A., pidiendo sustancialmente que se declarase válida la cesión del crédito contra la compañía del grupo inmobiliario Osuna que resultase probado que era la promotora de la urbanización del caso (bien fuera Inmobiliaria Osuna, S.A., bien Ibérica Osuna, S.A.) y condenándolo a al pago del crédito en cuestión.

El Juzgado de Primera Instancia había estimado parcialmente la demanda contra Ibérica Osuna, S.A., absolviendo de la misma a Inmobiliaria Osuna, S.A., y a Construcciones Arvill, S.A. Apelada la sentencia por Ibérica Osuna, S.A., la Audiencia la revocó, absolviendo a las demandadas de las peticiones de la demanda.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, siendo ponente el señor Gullón Ballesteros. La Sala Primera, considerando acertadas las valoraciones del Juzgado, estimó la demanda hasta el importe señalado en la sentencia de primera instancia.

El segundo motivo del recurso denunciaba violación, entre otros, del artículo 1.253 del Código civil. Pues bien, el Tribunal Supremo acoge el motivo diciendo:

«En este punto debe ser estimado el motivo, porque de aquellos hechos ha de obtenerse necesariamente la conclusión de conocimiento de la cesión, de modo rigurosamente ineludible y obligado. Se dan, pues, las circunstancias que exige esta Sala para denunciar en casación la no aplicación de la prueba de presunciones (sentencias de 18 de julio de 1990 y las que se citan), y se revela correcta la establecida por el Juzgado de Primera Instancia. En efecto, si el acreedor notificó notarialmente la cesión de su crédito en el mismo edificio de Granada (edificio O.) donde tenían sus oficinas tanto Ibérica Osuna, S.A., como Inmobiliaria Osuna, S.A.; si recibió la notificación en ella la misma persona que llevaba la asesoría jurídica de ambas sociedades; si asumió la obligación de entregarla a quienes ostentasen representación suficiente de Ibérica Osuna, S.A., al hacerse cargo de la cédula con copia literal del acta notarial incluyendo carta protocolizada, pues así se lo advirtió el Notario actuante y nada rechazó, es de todo punto evidente que el cedente cumplió todo cuanto estaba en su poder para dar a conocer la cesión a la deudora cedida Inmobiliaria Osuna, S.A., sin que quepa pensar lógicamente que el asesor jurídico no sepa a qué se comprometía, y que incumpliese deberes obvios tanto de su

cargo como de receptor de una notificación para su cliente. La Sala de Apelación niega el conocimiento, no porque estime no probados los hechos en que se asientan esas deducciones, sino porque considera que la notificación se hizo a Inmobiliaria Osuna, S.A., y no a Ibérica Osuna, S.A., que en su concepto son dos personas jurídicas distintas; *pero traer a colación el hermetismo y absoluto aislamiento de las personas jurídicas —doctrina anticuada y sometida a continuas críticas y excepciones en su aplicación por parte de los autores y de la doctrina de esa Sala—, traer a colación, repetimos, estas ideas no debe oscurecer la realidad de lo que ocurre según la común experiencia, que en este caso hubiera llevado a rechazar la notificación si las personas jurídicas fuesen distintas.»*

Leyendo estas palabras que acabamos de transcribir, parece claro que la sentencia está poniendo las bases de lo que en efecto viene a continuación, esto es, el desarrollo o aplicación de la doctrina del levantamiento del velo como instrumento para descubrir la «real identidad» existente entre las dos sociedades, Ibérica Osuna, S.A., e Inmobiliaria Osuna, S.A.

Así, el fundamento jurídico cuarto de la resolución dice en sus dos primeros párrafos:

«El motivo tercero, al amparo del artículo 1.692.5.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, acusa infracción de la doctrina de esta Sala, recogida en las sentencias que reseña, que impide que la persona jurídica pueda ser, considerándola aisladamente de sus componentes y sustrato patrimonial, un medio para defraudar la buena fe de terceros, causarles perjuicios, ejercitar abusivamente derechos o defraudar a la ley, y todo ello por considerar que si reúne los requisitos formales prevenidos en la legislación, nace una persona jurídica independiente de otras, con las que no puede confundirse; la personalidad jurídica se hace así hermética y aislada.

El motivo se estima, pues *pocas veces se presenta un caso tan claro como el litigioso para ver hasta qué punto hay que penetrar en el sustrato de la persona jurídica y juzgar si efectivamente es una realidad independiente de la de otra persona jurídica*, o por el contrario, al ser ese sustrato igual o muy semejante, la personificación no puede llevar a conceptuar como distintas a tales personas jurídicas. En efecto, según los certificados registrales que obran en autos, se tiene que el Consejo de Administración de ambas sociedades, Ibérica Osuna, S.A., e Inmobiliaria Osuna, S.A., lo constituyen las mismas personas, con el apellido Osuna, todos ellos menos una; casi en los mismos días, ambas sociedades acuerdan el traslado del domicilio social a un mismo lugar de Madrid; y el Consejero-Delegado de las dos sociedades es la misma persona, don Nicolás O.G. Por si fuera poca esa unidad de dirección de las sociedades (que es una característica que se pone siempre como muestra de identidad real de personas jurídicas), se tiene además que: a) las sociedades poseen sus oficinas administrativas, contables, comerciales en el mismo edificio de Granada, llamado edificio O.; b) el letrado que bastantea el poder al

procurador de Ibérica Osuna, S.A., es el que comparece como representante legal de Inmobiliaria Osuna, S.A., para confesar por esta última; c) anteriores cesiones de crédito en que aparece como deudora cedida Ibérica Osuna, S.A., son notificadas a Inmobiliaria Osuna, S.A., sin que se haya intentado probar siquiera que por falta de identidad de deudores fueran rechazadas por la receptora de la notificación; d) anteriores órdenes de retención y embargo contra empresas acreedoras fueron dadas por los Juzgados a Ibérica Osuna, S.A., e Inmobiliaria Osuna, S.A., como deudoras indistintas, sin que tampoco conste que se protestase por esta última sociedad. En fin, son tantas las señas de identificación que se han dejado, que parece peregrino negar la identidad entre Ibérica Osuna, S.A., e Inmobiliaria Osuna, S.A.»

Estamos, pues, ante un genuino caso de puesta en práctica del levantamiento del velo; y con tal lujo de detalles, por parte de la sentencia, que hace que la conclusión sea irrefutable.

Ahora bien, no cabe dejar de mencionar lo que en el último párrafo de ese fundamento jurídico puntualiza la sentencia, extremo procesal digno de tenerse en cuenta como criterio para la forma de actuar ante hipótesis similares. Dice la Sala Primera:

«Sin embargo, la admisión que se hace del motivo examinado no puede llevar a un pronunciamiento condenatorio de Inmobiliaria Osuna, S.A., ya que fue absuelta de las peticiones de la demanda en primera instancia, y esa sentencia no fue apelada por la hoy recurrente, que consintió, pues, en su absolución, sin que, por otra parte, un codemandado pueda pretender la condena de sus codemandados, según doctrina reiterada y constante de esta Sala. La admisión no tiene más efecto que el de considerar que la cesión del crédito fue debidamente notificada a la deudora del mismo, por la identidad sustancial, aunque formalmente sean distintas, de Ibérica Osuna, S.A., e Inmobiliaria Osuna, Sociedad Anónima.»

10. Dentro de la materia en que nos encontramos, esto es, la de posible «propagación» de la responsabilidad de una persona jurídica a sus miembros, revisten particular interés las sentencias que versan sobre la llamada «sociedad de un solo socio».

A este respecto merecen ser citadas, con la obligada brevedad del caso, las siguientes sentencias:

La de 27 de noviembre de 1985, en que fue ponente el señor Pérez Gimeno. La Sala hace aplicación del levantamiento del velo de una sociedad anónima a la que se habían suministrado ciertas mercaderías por parte del actor. La sentencia, en el pasaje que interesa, dice:

«.. en cuanto, a su entender, si la relación jurídica objeto de esta litis se entabló directa y exclusivamente entre el recurrido como vendedor y la entidad Servicio Técnico de A., S.A., como compradora, entidad que no

ha sido traída al proceso y, por tanto, sigue diciendo, se ignora si en tal hipótesis hubiera pagado, no puede condenarse al demandado como persona individual; y debe desestimarse porque si *los juzgadores de instancia, valorando todas las circunstancias concurrentes deducidas de la apreciación del material de convicción aportado al proceso, entendieron que el directamente obligado al pago del precio de las mercancías era dicho demandado, no puede argumentarse como hace el motivo, dado que tal obligación presupone la existencia del vínculo contractual explícito o implícito entre los litigantes y, por tanto, no puede afirmarse que el señor A. fuera ajeno a la compraventa origen de la reclamación, y mucho menos puede seriamente plantearse la hipótesis del posible pago de la deuda por la sociedad en el caso de haber sido demandada cuando, según lo dicho anteriormente, el señor A. es el único accionista de tal entidad y su único gestor, por lo que tal argumentación exterioriza una conducta contraria al más elemental principio de buena fe que debe presidir las relaciones contractuales y la conducta procesal de las partes».*

Son interesantes las sentencias de 16 de julio de 1987 y 13 de mayo de 1988, dictadas en casos sustancialmente iguales. Demandada en ambos pleitos la Caja Rural Cooperativa Agrícola San Isidro de Jumilla, y reclamándose por los respectivos actores el reintegro de las cantidades a que ascendían los saldos de sus libretas de ahorro, la entidad demandada adujo que las libretas de ahorro eran de la Caja Rural de Jumilla, Cooperativa de Crédito, entidad jurídica —se decía— distinta de la interpelada. Fueron ponentes, respectivamente, los señores Carretero Pérez y López Vilas.

Los pronunciamientos de la Sala Primera son también similares y se sintetizan en el siguiente texto:

«Con independencia de este principio, pero sobre semejante base ética, el citado artículo, en su apartado dos, manifiesta *que no se puede amparar el abuso del derecho, en este caso apreciable en la pretensión de llevar a sus últimas consecuencias la personalidad jurídica, cuando esa personalidad oficial no responde a la realidad, pretensión de apariencia legal correcta, pero social y éticamente insostenible y que, en el caso presente, ha producido daño, lo que hace aplicable la doctrina legal que sobre el abuso del derecho tiene establecida este Tribunal en general* (sentencias de fecha 5 de abril de 1986 y 14 de febrero de 1986, entre otras) y, en particular, sobre el abuso de la personalidad jurídica (sentencia de 28 de mayo de 1984, que mantiene la necesidad de desvelar las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas), *en evitación de que la confusión sembrada por sociedades que actúan en régimen de subordinación pueda perjudicar intereses de los acreedores de la subordinada, lo que lleva incluso a la orientación doctrinal de la responsabilidad solidaria, cuando no exista norma legal expresa*. Como conclusión, la demandada ha realizado actos propios de

decisivo contenido contractual en la situación de depositario y, contrariamente a la buena fe, ha tratado de contradecirlos para imponer, con abuso, una personalidad existente, pero no actuante, lo que obliga a desechar los motivos del recurso estudiados en este apartado.»

También es de interés la sentencia de 16 de octubre de 1989, en la que se deduce que la reclamación se basaba en la «carta de afianzamiento» prestada por la sociedad demandada en favor de otra y en razón a determinada operación mercantil. Estimada la demanda por el Juzgado y la Audiencia, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, siendo ponente don Rafael Casares Córdoba. Dice la sentencia:

«... no puede afirmarse la ajeneidad de la demandada a la deuda garantizada y sí, por el contrario, que siendo la garante titular de la totalidad de las acciones de la anónima deudora principal, los negocios de ésta no eran en absoluto extraños a aquella otra “cuyos asuntos y patrimonio, insiste con meridiano acierto y decisivo razonamiento el Juzgado inicial, eran gobernados, administrados y dirigidos” por la recurrente. De suerte que más bien se está en presencia de dos anónimas cuya apariencia formal no puede ocultar la realidad de una única pertenencia, circunstancia ésta contemplada en la doctrina científica y jurisprudencial (S. de 4 de marzo de 1988) para entender que ha de penetrarse en el sustrato personal de las entidades en tal situación y “levantando el velo”, impedir que, al socaire de una forma legal que las dota de independencia, se incida fraudulentamente (artículo 6.4 del Código civil) en los intereses de terceros burlando su buena fe o se posibilite un uso antisocial del derecho (artículo 7.2 del Código)».

En la sentencia de 3 de junio de 1991 se ventilaba una reclamación basada en los siguientes hechos:

Don Francisco Javier P.A., en su calidad de Consejero-Delegado de «L.L., S.A.», celebró con don Carlos S.M. un contrato de compraventa, que se instrumentó en documento privado, por el que el primero enajenaba al segundo una parte de una finca, que se concretó en un plano adjunto al contrato, cuya totalidad pertenecía a «A., S.A.», en el precio y condiciones que se estipularon. El destino de la parte de la finca comprada era el establecimiento de cien parcelas y viviendas unifamiliares. En su cláusula séptima se estipuló que «“L.L., S.A.” podrá resolver el presente contrato en el supuesto de que el Ayuntamiento, además de las aportaciones previstas y ya efectuadas de hecho, respecto de los terrenos del campo de fútbol, plaza y viales, exigiera nuevas aportaciones económicas». También consta en el contrato la manifestación hecha por el señor P.A. de que la totalidad de las acciones de «A., S.A.» son propiedad de «L.L., S.A.», mediante compra realizada el 12 de noviembre de 1980 ante Corredor de Comercio.

Tras diversas vicisitudes en la ejecución del contrato, en que las partes contratantes y «A., S.A.» tuvieron posturas encontradas, don Carlos S.M. demanda a «L.L., S.A.» y «A., S.A.» el cumplimiento de lo convenido, otorgando la correspondiente escritura pública, además de otras peticiones que no tienen trascendencia para resolver este recurso. «L.L., S.A.» fue declarada en rebeldía y «A., S.A.» se opuso a la demanda, solicitando su desestimación, ya que no había sido parte en el contrato; y alternativamente, para el supuesto de que así no se considerase, formuló reconvencción pidiendo la resolución del contrato en uso de la facultad que contenía su cláusula séptima.

El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda en cuanto a la obligación de las demandadas de cumplir lo convenido, rechazaron la indemnización de daños y perjuicios solicitada por el demandante y declararon no haber lugar a la reconvencción. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, si bien en un extremo secundario, no en cuanto al fondo de la decisión. Fue ponente el señor Gullón Ballesteros. La Sala Primera dice, en relación con una de las vías argumentales utilizadas por ella, la del levantamiento del velo, lo que sigue:

«Por último, cabe aplicar también para rechazar los motivos la doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica, acogida por esta Sala en abundantes sentencias (SS. de 28 de mayo de 1984, 27 de noviembre de 1985, 16 de julio de 1987, 29 de abril y 13 de mayo de 1988, entre otras), que proscriben la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros, escudándose en que el ente social es algo distinto de sus elementos personales constitutivos. En la situación jurídica originada por la reunión en una sola mano de todas las acciones de una sociedad, que legalmente no es causa de disolución de la misma, es más fácil perpetrar este abuso, pues el socio único tiende a comportarse como si los bienes de la sociedad fuesen suyos y los terceros que contratan con él sobre ellos tampoco suelen preocuparse de más porque su voluntad es la voluntad social. En realidad, tanto uno como otros acostumbran a prescindir de los órganos sociales de representación, ya que o bien la tiene el socio como Administrador único o bien otra u otras personas físicas que son nombradas y cesadas a voluntad del mismo. En el caso de autos, “A., S.A.” es una sociedad anónima cuyas acciones fueron adquiridas en su totalidad por “L.L., S.A.”, en 1980, situación en la que seguían al instrumentarse el contrato de compraventa litigioso y sin que en el pleito se haya intentado probar que dicha situación jurídica ha variado. “L.L., S.A.” disponía de la finca vendida, formalmente de “A., S.A.”, como propia en el tráfico jurídico. Al pretender “A., S.A.” que prevalezca su personalidad jurídica sobre la de sus componentes —“L.L., S.A.”—, se defraudan los derechos del comprador recurrido, pues sería tanto como permitir una vulneración del artículo 1.256 del Código civil, ya que “L.L., S.A.”, que otorgó el contrato como vendedora,

lo dejaría sin efecto unilateralmente, *envuelta ahora su voluntad bajo la personalidad jurídica de “A., S.A.”, que se utiliza para manifestarse en contra de su validez y vigencia.* En otras palabras, contrata “L.L., S.A.” y posteriormente esa última sociedad, *cuya voluntad social es por entero la de “L.L., S.A.”,* pretende alegar que no consintió. *Es claro que este abuso de la personalidad jurídica en perjuicio de terceros no puede ser amparado.»*

11. La alusión que acabamos de hacer a la figura de la sociedad de un solo socio obliga a plantearse la cuestión a la luz de la reciente reglamentación positiva de la misma en nuestra legislación sobre sociedades mercantiles.

La Ley de 23 de marzo de 1995, sobre sociedades de responsabilidad limitada, regula en sus artículos 125 a 129 (Capítulo XI) la denominada sociedad unipersonal de responsabilidad limitada. Debe advertirse, a la vez, que según la disposición adicional segunda de dicha Ley, apartado 23, se modifica la Ley de sociedades anónimas en el sentido de incluir un nuevo artículo (el 311) en el que se dispone que será de aplicación a la sociedad anónima unipersonal lo dispuesto en el Capítulo XI de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada.

De los artículos 125 a 129 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada se desprenden las siguientes reglas:

De acuerdo con el artículo 125, el régimen de la sociedad unipersonal se aplica tanto para el supuesto de sociedades constituidas por un único socio, sea persona física o jurídica, como para el de la denominada «unipersonalidad sobrevenida», esto es, cuando constituida una sociedad por dos o más socios, todas las acciones —o todas las participaciones sociales— pasan a ser propiedad de un único socio.

El artículo 126 establece unos importantes requisitos de publicidad.

De un lado, es necesario hacer constar en escritura pública, que se inscribirá en el Registro mercantil, la constitución de la sociedad unipersonal, la declaración de tal situación como consecuencia de haber pasado un único socio a ser propietario de todas las acciones o participaciones sociales, la pérdida de tal situación (por volver a una situación de pluralidad de socios) o el cambio del socio único. En el caso de la declaración de la situación de unipersonalidad, además deberá identificarse el socio único.

Mientras subsista la situación de unipersonalidad, la sociedad deberá hacer constar expresamente su condición de unipersonal en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas así como en todos los anuncios que deba publicar por disposición legal o estatutaria.

El artículo 127 se refiere a las particularidades de la Junta General en este caso.

El artículo 129 formula normas sobre la hipótesis de unipersonalidad sobrevenida.

Por fin, la disposición transitoria octava se refiere a las sociedades unipersonales preexistentes, es decir, las que hubiere al día de entrada en vigor de la ley, el 1 de junio de 1995.

Pero lo que aquí nos interesa es el régimen de los contratos del socio único con la sociedad unipersonal, contenido en el artículo 128.

Ese precepto comienza estableciendo nuevamente importantes requisitos de publicidad. En efecto, los contratos deberán constar por escrito, deberán transcribirse en un libro-registro de la sociedad que habrá de estar debidamente legalizado y en la memoria anual deberá hacerse referencia expresa e individualizada a dichos contratos entre el socio único y la sociedad, con indicación de su naturaleza y condiciones.

Por otro lado, aparte de dichos requisitos de publicidad se establecen dos importantes normas sobre la materia:

En caso de insolvencia provisional o definitiva del socio único o de la sociedad, no serán oponibles a la masa de acreedores aquellos contratos entre el socio único y la sociedad que no cumplan los requisitos de publicidad que acabamos de comentar (o, por lo que se refiere a la memoria, si ésta no ha sido depositada en Registro Mercantil).

Durante el plazo de dos años a contar de la fecha de celebración de cada uno de los contratos entre el socio único y la sociedad, el socio único responderá frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de ésta, como consecuencia de dichos contratos.

Esta nueva reglamentación, por decirlo brevemente, da carta de naturaleza a una figura que tanta controversia ha originado en la doctrina y, por otra parte, tan especialmente apta para dar lugar a lo que genéricamente suele entenderse como «abusos de la persona jurídica».

Con la vigente configuración legal de la sociedad unipersonal se produce, en definitiva, una cierta distorsión del significado tradicionalmente atribuido a la persona jurídica, en la medida en que el Derecho positivo legitima a una sola persona física para utilizar la «vestidura societaria», a todas luces explicable (sin perjuicio de otros objetivos) por el deseo del «socio» de sustraerse a las consecuencias de la responsabilidad patrimonial ilimitada. Dicho de otro modo, el «socio único» busca de forma declarada, no encubierta, el propósito de reducir o limitar la responsabilidad que pueda originar el desarrollo de su actividad económica, eludiendo así la suya personal.

La pregunta que ahora puede suscitarse es la de si esta actual configuración de la sociedad unipersonal ha de producir algún impacto en la eventual puesta en práctica del levantamiento del velo de una sociedad mercantil.

Mi opinión es la de que ahora puede estar más justificada que nunca la indagación o penetración en la interioridad de la sociedad (me refiero a las formalmente pluripersonales), puesto que si la Ley brinda al empre-

sario la oportunidad de beneficiarse de la «cobertura» constituida por la sociedad unipersonal, parece más reprobable que nunca que el recurso al «artificio» de la persona jurídica se convierta en instrumento para perseguir objetivos distintos de los que le son propios.

B) A continuación menciono algunas sentencias que, o bien rechazan la práctica del levantamiento del velo (en los casos en ellas contemplados, se entiende), o bien se hace advertencia de las cautelas y restricciones que deben adoptarse para la puesta en práctica de ese instrumento judicial.

1. La sentencia de 16 de noviembre de 1993 formula la doctrina de que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo requiere que se pruebe que los entes sociales han sido utilizados para perjudicar los derechos de terceros. El Juzgado de Primera Instancia había estimado la demanda, condenando al demandado al pago de una determinada cantidad. La Audiencia, estimando el recurso de apelación, absolvió al demandado. Interpuesto por la parte actora recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo, siendo ponente el señor Ortega Torres.

En el recurso de casación se argumentaba por el demandante que el demandado había actuado en «fraude de terceros», en cuanto las dos sociedades que representa carecen de toda solvencia y en cierto sentido hasta de personalidad, afirmación que se pretendía demostrar con certificaciones del Registro Mercantil.

El fundamento jurídico tercero de la sentencia se enfrenta con el motivo de casación en que el demandante alegaba la circunstancia de que el demandado era la persona que tenía el control absoluto de las dos sociedades en cuestión. Y a tal efecto el Tribunal Supremo dice:

«En cuanto al segundo apartado del motivo, que versa sobre la alegación de que el señor P. “es sin duda ninguna la persona que tiene el control absoluto de las dos sociedades ... que es el que le permite actuar sobre la base de una representación que en definitiva no es otra cosa sino la posibilidad de evitar que desde el punto de vista personal tenga que soportar las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones”, carece también de consistencia, dado que no está probado el hecho de que se parte y, además, aunque fuera cierto, no sería determinante de su responsabilidad por las operaciones realizadas como representante de las sociedades, pues *falta prueba de que se escudase en los entes sociales para perjudicar los derechos del señor R. de V., que es lo que permitiría, al menos en principio, hacer aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre “levantamiento del velo” de persona jurídica.*»

2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 2 de julio de 1992.

Se trataba del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, para que en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de

la persona jurídica se hiciese extensiva la condena a la entidad mercantil «Colegio I., S.A.» a los socios y administradores de la misma, don Francisco y doña Milagros, que también habían sido demandados.

La Audiencia desestima el recurso de apelación, siendo ponente el señor Conde-Pumpido Tourón.

Esta sentencia refleja las cautelas que deben presidir la aplicación de la técnica que nos ocupa, precisamente porque la figura de la persona jurídica —cuando está utilizada de forma correcta— responde al razonable y legítimo deseo de limitar la responsabilidad patrimonial de los miembros que la componen. Por ello, la sentencia dice:

«Es cierto que la posible utilización de la persona jurídica diferenciada como instrumento de fraude o fuente de abusos ha dado lugar en la doctrina española y mundial (“Durchgriff”, en Alemania, “disregard of legal entity”, en los países anglosajones), a reacciones que posibilitan en determinados casos penetrar en la interioridad de la persona jurídica, “levantando el velo”, como ha hecho nuestro Tribunal Supremo en sentencias como la de 28 de mayo de 1984, 18 de setiembre de 1987, 4 de marzo y 29 de abril de 1988, 7 de febrero, 2 y 13 de marzo de 1989, entre otras, pero *sin que dicha doctrina implique, en absoluto, que con carácter general pueda prescindirse del mecanismo de la personalidad jurídica para exigir responsabilidad directa a los socios, pues ello supondría variar de contenido una institución legal, prescindiendo del obligado respeto a las disposiciones del legislador, y prescindir de un buen instrumento técnico del Derecho patrimonial que, frente a la posibilidad de abusos, presenta indudables ventajas, acreditadamente demostradas.* Por ello no es suficiente aludir a la doctrina del “levantamiento del velo” para reclamar, en cualquier caso, la responsabilidad directa de los socios, *sino que se hace necesario que se trate de determinados supuestos, bien cuando el propio legislador ordena prescindir de la cobertura social (artículo 75 o artículo 249 de la Ley de Sociedades Anónimas, por ejemplo), o bien cuando a través de la personificación de la sociedad se intenta cometer un abuso de derecho, o un fraude de ley, en aquellos casos que la jurisprudencia ha ido poniendo de relieve, en los que bien la propia creación de la sociedad tiene por objeto eludir el cumplimiento de un contrato, burlar los derechos de un tercero o eludir la ley, bien se utiliza la personalidad jurídica para encubrir que los socios se dedican a actividades que les están prohibidas, o bien cuando —no como objetivo de su creación, pero sí como resultado— la cobertura formal de la persona jurídica se utiliza con fines defraudatorios.*»

En el fundamento jurídico tercero, la sentencia hace aplicación de la doctrina anteriormente mencionada al caso discutido en aquel pleito. La Audiencia parte de la afirmación de que no cabe estimar que nos encontremos ante un caso de abuso de la personalidad jurídica, sino ante un

funcionamiento normal del sistema de personalidad jurídica diferenciada, que tiene precisamente como objetivo limitar la responsabilidad de los socios frente a terceros que contratan con la sociedad. Y en este sentido, la sentencia advierte:

«En efecto, en el caso actual ni cabe suponer que la sociedad Colegio I., S.A., se constituyó para ser utilizada como cobertura formal con ánimo defraudatorio, ni se ha utilizado, en la práctica, para defraudar la ley o cometer abuso alguno de derecho, ni siquiera se ha ocasionado grave perjuicio a un tercero, pues la entidad demandante contrató con la sociedad Colegio I., S.A., a sabiendas de su condición de arrendataria de las instalaciones, y por otra parte la demandada cumplió el contrato convenido mientras le fue posible, e incluso devolvió la totalidad de la cantidad adeudada, quedando únicamente pendiente el cumplimiento de una cláusula penal (muy rigurosa y muy rigurosamente aplicada por el juzgador de instancia), cuya falta de pago no puede apreciarse como una circunstancia que pueda justificar, en absoluto, el que se prescindiera de la personalidad jurídica de la entidad con quien la demandante contrató con pleno conocimiento y sin indicio alguno de fraude o abuso por la parte demandada, ya que si de algún abuso pudiera hablarse en este caso es de la exigencia del cumplimiento de una elevadísima cláusula penal (desproporcionada con los perjuicios reales que pudieran haberse irrogado), dudosamente aplicable al caso, tanto por razones del cumplimiento (forzado) como por su propia redacción y forma de cifrar la indemnización (...) conduce a la conclusión de que estaba prevista para un incumplimiento de la parte contraria.»

3. La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 15 de abril de 1994 declara que la penetración en el sustrato de la persona jurídica es medida excepcional, que ha de aplicarse con toda prudencia. Y se refiere la resolución a los casos en que los Tribunales pueden prescindir de la forma externa de la persona jurídica para hacer llegar la responsabilidad a las personas que la integran.

Una sociedad, acreedora de otra denominada «C. y L., S.L.», había demandado a esta última en reclamación de determinada cantidad. Recayó sentencia firme por la que se condenaba a la sociedad demandada a abonar la suma reclamada. No obstante, intentada la ejecución en vía de apremio no fue posible el cobro, por la situación de insolvencia en que se encontraba la demandada y estar comprometidos sus bienes en favor de otros acreedores con derecho preferente. Así las cosas, la sociedad actora, que lo era también en el pleito que ahora nos ocupa, formuló demanda contra dos personas físicas, administradores únicos de la citada «C. y L., S.L.». Esta última demanda fue desestimada por el Juzgado. Entablado recurso de apelación por la actora, la Audiencia lo desestimó, siendo ponente el señor Amaya Pérez.

En su fundamento jurídico primero, la sentencia que nos ocupa dice que los antecedentes del caso obligan *«a dejar sentado en qué se traduce el levantamiento del velo, su alcance y casos en que puede aplicarse y si el supuesto que nos ocupa recaba, por sus circunstancias, aplicarle dicho tratamiento...»*.

Sentada esta premisa, la resolución dedica la primera parte del fundamento jurídico segundo a recoger la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo, con mención de los conocidos pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo al respecto. Se advierte que si esa doctrina *«ha adquirido en los últimos años una gran significación en la jurisprudencia de nuestros Tribunales, sin embargo se percibe en ella una tendencia a convertir la técnica del levantamiento del velo, de por sí excepcional, en un instrumento genérico para resolver todos los problemas que no encontrarían solución justa en la aplicación positiva de la Ley»*.

Pero la resolución insiste en *la excepcionalidad de este mecanismo, que, dice, «encuentra su porqué en no poder ser violado ni abolido sin más el derecho a la existencia que tienen las entidades a las que se reconoce personalidad por el ordenamiento jurídico, desde el momento de su constitución legal, en tanto no se den irregularidades que aconsejan hacer uso de tan especial medida»*.

Por eso, la sentencia señala que *«la principal cuestión estriba en saber cuándo los Tribunales pueden prescindir de la forma externa de la personalidad jurídica para, penetrando a través de ella, alcanzar a las personas y bienes que bajo su manto se cobijan; y siendo variados por demás los supuestos a que se viene aplicando tan drástica medida, y que en líneas generales y por vía de ejemplo se concretan en los casos en que no hay independencia de patrimonios, aquellos en que se protege una apariencia de poder de gestión, las de unidad de gestión comercial entre las entidades y las más frecuentes de creación ficticia de la sociedad, cuando ésta no desarrolla ninguna actividad propia e independiente, descubriéndose que carece por completo de consistencia y actuando como testarfero otra persona»*.

Después de estos pronunciamientos la Audiencia dedica el fundamento jurídico tercero de su sentencia a formular casos más específicamente aptos para llevar a cabo el levantamiento del velo, con aplicación de sus reflexiones teóricas a las circunstancias del que en este pleito se enjuiciaba.

Y a tal fin dice la sentencia:

«Al no poder ponerse en duda el haberse constituido, en su día, la sociedad que nos ocupa, con observancia de los requisitos establecidos por Ley, para tener personalidad jurídica propia y operar en el ámbito mercantil por medio de sus gestores o administradores con escrituración de la

misma, e inscripción en el Registro Mercantil, *ello sería suficiente para rechazar, de plano, que se esté en presencia de una sociedad ficticia y aparente nacida tan sólo como medio fraudulento para evitar las responsabilidades personales de quienes la constituyeron*, lo que mal se viene con su actividad propia —fabricación y venta de ladrillos y materiales de construcción y adquisición, enajenación y venta de solares, terrenos y naves industriales—, conforme consta el artículo 2.º de sus Estatutos —y con el capital aportado de diez millones de pesetas— que aunque bajo ya en la fecha de su constitución, ha de valorarse tan sólo como capital de inicio suficiente, cuando en contrapartida las cargas son lógicamente reducidas en sus primeros pasos, máxime cuando no se constata que su trayectoria fuese irregular a través de los años en que vienen desenvolviéndose; de ahí el que partiéndose de una sociedad bien constituida, con personalidad propia, no ficticia, quede por resolver si en su devenir su gestión o administración pudiera estar en el plano de la fraudulencia, con el consiguiente perjuicio para sus acreedores, se produzcan tales irregularidades culposa o dolosamente y como vía para estimar la realidad de una identificación absoluta entre la sociedad y sus socios, que demanda la responsabilización de éstos como se pretende en la acción ejercitada; *actuación irregular y fraudulenta que pudiendo darse a través de un doble camino, por un lado mantenimiento de una sociedad en claro estado de insolvencia sin legalizar su situación, y por otro, la descapitalización de la misma, con desplazamiento del capital a sus socios*, ello obliga a examinar tal problemática en relación al caso que nos ocupa; y no ofreciendo duda que pese a las extremas circunstancias económicas por que atraviesa, en estos últimos años, no cabe sin embargo partir de una situación de insolvencia, a la que de momento no se ha llegado, máxime cuando la misma sigue operando, aunque con dificultades serias, y por tanto no retirada del tráfico jurídico, *no menos claro resulta que la gestión llevada a cabo, a primera vista, se desenvuelve en el terreno de la normalidad, sin que existan razones en los autos para tacharla de irregular y oculta*, cuando existiendo una contabilidad y un control impositivo —de lo que es fiel expresión la documental aportada del impuesto de sociedades, obrante a los folios 217 y siguientes, y referente a las distintas anualidades— viene cumpliendo su cometido, en la medida de sus posibilidades, con la celebración de las exigidas Juntas ordinarias, y sin que se aparezca mermado su patrimonio por comprometido que esté, conforme se constata a través de los embargos que pesan sobre sus bienes y la nota de éstos obrante al folio 87; y si de estas consideraciones generales se pasa directamente al principal motivo esgrimido por la sociedad actora apelante para el levantamiento del velo y responsabilización de sus dos administradores, cual es la desviación de los 95 millones por ella pagados a la sociedad «C. y L., S.L.» por la compra de un solar y naves, cantidad que se dice pasó al patrimonio particular de los socios demandados, tampoco encuentra este extremo probanza alguna, cuando es el propio Banco Central Hispano que descontó los efectos cambiarios de la venta el que certifica que

fueron abonados en la cuenta de la referida sociedad; y si a ello se une el cumplimiento por ésta de aquello a que se comprometió, por documento privado de 24 de junio de 1989, elevado a escritura pública de 30 de noviembre de igual año, concretamente la entrega de la parcela y naves, en justa contrapartida al precio recibido, las deficiencias que en éstas pudieran apreciarse y que motivaron los autos 34/1992 no tendrían la entidad suficiente para, su solo resarcimiento (*sic* en nuestra fuente), fundamentar el actuar fraudulento exigido.»

El fundamento jurídico cuarto insiste en la cautela que debe presidir la aplicación del levantamiento del velo, diciendo que *es inviable penetrar en el substrato de la sociedad en función de su apurada situación económica (de la que se advierte que no es inhabitual en los años de recesión económica que están sucediéndose)*, añadiéndose que por ser una medida excepcional (la del levantamiento del velo), *ha de aplicarse con toda prudencia para así respetar el derecho de las sociedades a su existencia y desenvolvimiento, desde que les es reconocida su propia personalidad jurídica.*

4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 22 de setiembre de 1993. La Sala denuncia la inadecuada invocación de la idea de «socio único» y declara la improcedencia de la aplicación del levantamiento del velo.

Recayó esta sentencia en un recurso de apelación en que el actor solicitaba la revocación parcial de la resolución recurrida, pidiendo que la condena al pago de una cantidad se hiciera extensiva al demandado J.L., en su calidad de administrador único de la sociedad A.C., que había sido condenada en la instancia. Se invocaba al efecto la teoría del levantamiento del velo jurídico y los principios de responsabilidad del administrador social frente a los acreedores. La sentencia desestima el recurso siendo ponente la señora Cuenca García.

La resolución descarta la práctica del levantamiento del velo de la sociedad del caso, diciendo:

«Mas tal teoría no es aplicable en el caso de autos, ya que no nos encontramos, o al menos el apelante sobre quien pesa la carga de la prueba no ha acreditado que el demandado sea el “dueño de la sociedad”, pues no debe confundirse la condición de administrador único con la de socio único mayoritario, y que a juzgar por la copia, no averada, de la inscripción registral de la sociedad demandada, obrante a los folios 26 y siguientes, el señor A. era titular del 25 por 100 de las acciones emitidas, repartiéndose las restantes entre otros tres socios, de las que M.B. tenía 35 y los demás 20 sin que conste vinculación familiar entre ellos, y sin que le sirva de justificación el hecho de que la actora contratara directamente con la sociedad a través del demandado, pues éste era su administrador

con facultades al efecto y sin que pueda entenderse por ello que la deuda era imputable al patrimonio personal del señor A., pues no contrataba para sí, sino para la sociedad, lo que conocían perfectamente los demandantes que giraron las facturas a nombre de la sociedad.»

PRINCIPIOS GENERALES DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: LA LEY 13/1995, DE 18 DE MAYO¹

José Luis Avila Orive
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Deusto

Sumario: 1. Consideraciones generales. 2. Principios básicos: A) La configuración sustantiva del contrato administrativo. B) Publicidad y concurrencia. C) Igualdad y no discriminación. D) Riesgo y ventura. E) Equivalente económico. F) Supremacía de la Administración. G) Contractus lex. H) La forma del contrato.

1. Consideraciones generales

Reflexionar sobre la actividad contractual de las Administraciones públicas supone abordar, como es sabido, una materia administrativa singular, por cuanto las manifestaciones productoras de efectos jurídicos, no provienen de las declaraciones unilaterales de las Administraciones públicas, sino del acuerdo de voluntades pertenecientes a otros sujetos además de la correspondiente a la Administración.

La aplicación de la institución privada a las relaciones contractuales de las Administraciones públicas no ha supuesto en nuestro ordenamiento jurídico una alteración de la posición privilegiada de las Administraciones públicas, sino más bien la asimilación y adaptación de la figura privada del contrato a los parámetros de funcionamiento del derecho administrativo.

Sin embargo, no parece de utilidad a estas alturas, revolver en la polémica doctrinal, acerca de la conveniencia del ordenamiento jurídico-administrativo o del ordenamiento privado como ordenación jurídica más adecuada para las relaciones contractuales de las Administraciones públicas.

¹ Corresponde a la Conferencia desarrollada en las Jornadas sobre la citada Ley, organizadas por el Colegio de Secretarios, Tesoreros e Interventores de la Administración Local de Bizkaia.

La consolidación del Derecho administrativo, llevada a cabo por la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 (LCE), como ordenamiento regulador de los contratos celebrados por las Administraciones públicas ligados al desenvolvimiento regular de un servicio público o portadores de especiales características que supongan la tutela del interés público, además de todos aquellos tipificados legalmente, aconseja más bien el análisis de los principios estructuradores del ordenamiento jurídico aplicable a los contratos administrativos, desde la aceptación de la presencia de intereses públicos y la correspondiente posición privilegiada de la Administración, y la pretensión de alcanzar un adecuado equilibrio entre las partes².

La reforma operada con la Ley 13/1995, de 18 de mayo, no ha supuesto la incorporación de principios ignorados o desconocidos en la legislación anterior, salvo por lo referido a la necesaria extensión provocada por el derecho comunitario³, sino más bien la más completa aplicación y definición de algunos de los mismos.

En ese sentido, los principios comunitarios de publicidad de los contratos públicos que se celebren en la Unión Europea y superen la correspondiente cantidad de Ecus, de no discriminación de empresarios no nacionales, de libre concurrencia y de garantía de los derechos reconocidos a los contratistas por el derecho europeo⁴, se incorporan íntegramente al esquema principal que explica y estructura la nueva Ley.

Asimismo, buena parte de la reforma es sensible a la detección y la consiguiente corrección de una serie de problemas largamente puestos de

² Lo que GASPARI ARIÑO viene a señalar, en *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*, Unión Editorial, p. 98, como el esfuerzo por reconstruir la «igualdad en que todo contrato consiste» y perfeccionar los mecanismos de garantía que compensan los privilegios.

³ Es preciso tener en cuenta los principios originarios de libertad de circulación de mercancías, libertad de establecimiento y principio de no discriminación, contenidos en el Tratado constitutivo de la Comunidad europea de 1957, además del conjunto de Directivas referidas a la contratación que constituyen referencia obligada: La Directiva 93/36/CEE, sobre contratos de suministro; 93/37/CEE, sobre contratos de obras; 93/38/CEE sobre contratos en los denominados «sectores excluidos», es decir, agua, energía, transportes y telecomunicaciones; 92/50/CEE, sobre contratos de servicios públicos; 89/665/CEE y 92/13/CEE sobre las garantías de los contratistas y régimen de recursos, materia sobre la que no se ha producido adaptación en la LCAP, porque nuestra legislación en materia procesal y procedimental ya recoge sus determinaciones.

Además se tienen en cuenta los aspectos derivados del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio.

⁴ Vid. COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, Cívitas, 6.ª ed., 1995, pp. 390 y ss. OJEDA MARÍN, A.: «Contratos públicos en la Comunidad Europea: La Ley de Contratos del Estado y su adecuación al ordenamiento jurídico comunitario», RAP, núm. 112, pp. 147 y ss.

manifiesto, que no siempre están relacionados con carencias atribuibles al ordenamiento, sino a deficiencias en su gestión.

El diseño de procedimientos adecuados de selección de contratistas, que tengan en cuenta no sólo la oferta sino quién la realiza, la determinación de procedimientos rápidos de ejecución de los contratos, el establecimiento del equilibrio en las prestaciones recíprocas, el aseguramiento del justo precio del contrato, la correcta ordenación temporal del gasto público y su correspondiente ejecución, la diligente tramitación de expedientes o la certera elaboración, en su caso, de los proyectos de inversión, son manifestaciones de una y otra clase.

Por tanto, la reforma que se va a analizar obedece a esos problemas, pero también como se ha dicho y es sabido, a la necesaria adaptación de la legislación española al derecho comunitario, que completa la insuficiente y contestada, por la Comisión europea, adaptación realizada por el Real Decreto Legislativo 93/1986, de 2 de mayo, y también, por qué no decirlo, al compromiso político asumido de establecer medidas eficaces contra la corrupción⁵.

Hay que considerar en primer lugar, como antes se ha adelantado, que la consolidación definitiva del contrato administrativo que llevó a cabo la Ley y Reglamento de contratos del Estado es un elemento básico sobre el que reposa esta nueva Ley promulgada treinta años después, y que resulta básico para entender adecuadamente el sentido y objetivos de la Ley y consecuentemente la posición de las Administraciones públicas en la inteligencia, desarrollo y ejecución de los contratos administrativos.

Efectivamente la naturaleza administrativa y la correspondiente disposición de un derecho público de la contratación, implica la existencia de una serie de prerrogativas y privilegios administrativos, en cuanto instrumentos que se justifican por la presencia del interés público, pero también implica la existencia del principio de igualdad ante las cargas públicas y, en esa medida, el aseguramiento del equivalente económico en las contraprestaciones contractuales o justo precio, cuya justicia no proviene del acuerdo, «*tantum valet res quantum vendi potest*», sino del exquisito equilibrio entre prestaciones y precio. Implica también publicidad y libertad de concurrencia y por tanto imposibilidad de contratar con quien libremente se desee, a la vez que, entre otras cuestiones que se desarrollarán más adelante, la determinación objetiva de la capacidad y requisitos para contratar con las Administraciones públicas.

⁵ Que por cierto, la consideración negativa acerca de este elemento, es el criterio fundamental y más manejado por los grupos parlamentarios de Coalición Canaria, Izquierda Unida-Iniciativa por Cataluña y Partido Popular, para interponer enmiendas a la totalidad y solicitar la devolución del Proyecto al Gobierno.

Por tanto, la consolidación del derecho público de la contratación supone, ni más ni menos, que la existencia de una serie de especialidades que deben desarrollarse en un delicado equilibrio de prerrogativas administrativas y garantías del contratista, para la satisfacción del interés público representado y ejercitado en el contrato.

2. Principios básicos

Desde esta perspectiva vamos a desgranar los distintos principios básicos que estructuran la nueva Ley y que aseguran un espacio jurídico y económico común para el Estado.

A) *La configuración sustantiva del contrato administrativo*

La nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) realiza la calificación de contrato administrativo en función de dos elementos, uno subjetivo y el otro objetivo, a la vez que delimita varios ámbitos de aplicación de la Ley, más o menos extensos, en función de la calificación contractual ante la que se esté en cada caso.

De este modo, para que exista un contrato administrativo, debe darse necesariamente la presencia de una Administración pública⁶ y que el objeto de dicho contrato recaiga sobre una determinada serie de materias que, o bien son algunas de las tipificadas expresamente, como son la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia, de servicios y los de realización de trabajos específicos y concretos no habituales (art. 5.2.a), o teniendo un objeto distinto, poseen una naturaleza administrativa especial; especialidad que viene derivada de su vinculación al giro o tráfico administrativo, de la satisfacción de un fin público o porque así lo declara expresamente una Ley (art. 5.2.b.).

El resto de contratos celebrados por la Administración cuyo objeto se sitúe fuera de los señalados anteriormente, tendrán la consideración de contratos privados y en esa medida, se verán obligados por un ámbito de la LCAP más reducido, como es el conjunto de normas referidas a su preparación y adjudicación, sin perjuicio de las normas administrativas específicas que les sean aplicables.

⁶ Igualmente, siguiendo el criterio de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, define el concepto de Administración pública, exclusivamente a los efectos de la Ley. Véase el artículo 1 LCAP.

Ahora bien, si quienes contratan son Entidades de Derecho público no incluidas en la definición de Administraciones públicas, quedarán sujetas a las prescripciones de la Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, siempre que se trate de contratos de obras, y de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales relacionados con los primeros, que superen una determinada cuantía, y que la financiación principal de dichos contratos proceda directa o indirectamente de las Administraciones públicas (art. 2.1.b.).

Las mismas prescripciones serán aplicables, con independencia de que el contratante sea una Entidad de Derecho privado, ya que se atenderá exclusivamente a la clase de contratos que se suscriban, al objeto sobre el que versen, a su cuantía y a que exista una subvención directa de la Administración de cuantía superior al 50% de su importe (art. 2.2.).

El resto de contratos, es decir, aquellos calificados legalmente como administrativos, se registrarán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción de manera fundamental por la LCAP, sin perjuicio de la aplicación preferente a los contratos administrativos especiales de sus normas propias, haciendo constar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares su carácter de tales, las garantías que el contratista debe prestar, las prerrogativas de la Administración y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por tanto, dos parámetros básicos definen los ámbitos de aplicación de la Ley. Uno principal, que es si el contratante es una Administración pública, en cuyo caso todos los contratos, con independencia de su objeto estarán sometidos a los principios, que luego veremos, de publicidad y concurrencia, de igualdad y no discriminación, y otros complementarios como son la clase, cuantía y concurrencia de financiación pública, que condicionan la intensidad de aplicación de la Ley.

Se aprecia por consiguiente en el esquema de la Ley, una correspondencia entre la entidad y consecuencias de distinto orden de la imposición de formas y procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos y la clase de actividad pública de contratación, de tal modo que la imposición de esas formas y procedimientos, y en esa medida el control, se aminora a medida que la actividad se produce en la «periferia de lo público», alejándose del centro configurado legalmente por la calificación del contrato.

B) *Publicidad y concurrencia*

El principio de publicidad se manifiesta en la LCAP de dos maneras claramente diferenciadas: por una parte, haciendo posible el general conocimiento de las demandas de contratación de las distintas Administra-

ciones públicas, y en esa medida facilitando la libre concurrencia de cuantos oferentes tengan por conveniente presentar sus licitaciones, y de otra, informando de manera puntual de cuantas adjudicaciones de contratos se producen, mediante la publicación en los distintos Diarios Oficiales, sin perjuicio de la notificación a cada participante en la licitación, y de manera general a través del Registro Público de contratos, de la totalidad de contratos adjudicados y del Registro Oficial de Contratistas de los empresarios clasificados en los distintos grupos de actividad.

De este modo, puede decirse que la publicidad es un principio ínsito del sistema de la LCAP, que posibilita el conocimiento de los procedimientos de contratación puestos en funcionamiento y los sujetos que participan en ellos y consiguientemente actúa como garantía de su correcto funcionamiento.

La concurrencia, sin embargo, aun cuando es un elemento necesario en toda contratación, su graduación está en función de las necesidades que en cada caso tengan las Administraciones públicas, de acuerdo con las determinaciones de la Ley.

En este sentido, la LCAP prevé distintos supuestos de concurrencia de los empresarios. Supuestos que en ningún caso pueden entenderse como de libre elección por parte de la Administración actuante, puesto que la propia Ley establece la obligación, en todo caso, de justificar en el expediente la elección del procedimiento (art. 76.2), pero sobre los que sí existe una elevada discrecionalidad, mayor que en la elección de la forma de adjudicación como luego veremos, que de cualquier manera habrá de ser ejercitada sin vulneración de los principios generales del derecho, y en especial, conforme a los principios de interdicción de la arbitrariedad y de objetividad.

Mientras el procedimiento abierto (art. 74.2) posibilita una concurrencia sin restricciones de ningún tipo, de tal manera que todos los empresarios interesados pueden presentar proposiciones, en el procedimiento restringido (art. 74.3) sólo podrán hacerlo aquellos empresarios que hubiesen sido seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos.

Por el contrario, en el procedimiento negociado el contrato es adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta de sus términos con uno o varios empresarios.

De cualquier modo, es preciso enfatizar que dicho procedimiento sólo podrá ser utilizado en los casos determinados por la Ley para cada clase de contrato (art. 76.1).

C) *Igualdad y no discriminación*

La determinación objetiva de criterios y requisitos para contratar con las Administraciones públicas debe ser un componente ineludible del sistema legal de contratación pública.

Los principios de igualdad y no discriminación, distintas expresiones de una misma idea, son constitucionalizados en el artículo 14 y asumidos expresamente por la LCAP (art. 11.1.), en virtud de lo cual, todos los preceptos de la Ley deben ser interpretados conforme a los mismos.

Los requisitos que establece la Ley para contratar con las Administraciones públicas son, además de la plena disposición de la capacidad de obrar, la acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional o estar inscrito en el Registro Oficial de Contratistas de la Administración Central o en la Administración de las Comunidades Autónomas, en función de la Administración actuante⁷.

La clase y cuantía de los contratos son los criterios determinantes para la exigencia de uno u otro requisito. Si se trata de contratos de obras cuyo presupuesto sea igual o superior a 20 millones de pesetas, o de contratos de consultoría y asistencia, de servicios o de trabajos específicos y concretos no habituales, con presupuesto igual o superior a 10 millones de pesetas, será requisito indispensable la obtención previa de la correspondiente clasificación.

Serán excepción los empresarios extranjeros pertenecientes a Estados miembros de la Comunidad Europea, los cuales acreditarán su solvencia económica y financiera, técnica o profesional, conforme a las determinaciones de la Ley (arts. 16, 17 y 19) y deberán figurar, en su caso, en el Registro profesional o comercial, conforme a las condiciones establecidas en el Estado donde están establecidos.

De cualquier manera, los medios para acreditar la solvencia económica y financiera, la técnica o profesional (arts. 16 a 19), se configuran además como criterios para declarar la clasificación en relación con las características fundamentales de las empresas.

Dada la clase y cuantías de contratos expresadas, como es lógico, la gran mayoría de contratistas deberán obtener la correspondiente clasificación.

Por tanto, la relevancia de los acuerdos de clasificación, en cuanto llaves necesarias para poder concurrir a determinados tipos de contratos, exigen no sólo un desarrollo reglamentario objetivo que asegure la aplicación de los principios que estamos desarrollando, sino sobre todo una actuación administrativa acorde con los mismos, de tal modo que no se produzcan exigencias de clasificación que además de no ser necesarias

⁷ La Ley crea (art. 35) el Registro Oficial de Contratistas, en el que estarán inscritos todos los empresarios que hayan sido clasificados por la Junta Consultiva y cuyo acceso será público. Dicho Registro y sus correspondientes clasificaciones tendrán carácter estatal y por tanto se extenderán a todas las Administraciones públicas, en la medida en que no existan Registros Oficiales en las correspondientes Comunidades Autónomas.

para asegurar la capacidad y solvencia del empresario en relación con el contrato a ejecutar, limiten ilegítimamente la concurrencia.

Resulta especialmente positiva, a estos efectos, la incorporación que se produjo en el trámite parlamentario, de las organizaciones empresariales más representativas en los distintos sectores afectados por la contratación administrativa, a las Comisiones clasificadoras que por delegación permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, entenderán de cuantos expedientes se relacionen con la clasificación de las empresas, produciendo sus acuerdos efectos ante cualquier órgano de contratación de la Administración del Estado y supletoriamente respecto del resto de Administraciones públicas.

Obviamente, en cuanto la capacidad y solvencia de los empresarios es un elemento dinámico, dado que se dictamina en función de factores personales, materiales, económicos y técnicos, susceptibles de cambio y transformación, la clasificación es temporal. La Ley establece dos plazos de duración, cuatro y dos años (art. 30), en función de la valoración de dichos factores a lo largo del tiempo. En ese sentido, la Ley regula también los distintos supuestos de suspensión de las clasificaciones.

A la vez la Ley establece expresamente la prohibición de contratar con la Administración a aquellas personas en las que concurren algunas de las circunstancias que expresamente se determinan (art. 20). Su incumplimiento supondrá la nulidad del contrato.

Por lo que se refiere a las formas de adjudicación o sistemas de selección de contratistas, la LCAP establece tres formas de adjudicación: la subasta, el concurso y el procedimiento negociado, que toma este último el mismo nombre para el procedimiento y para la forma de adjudicación.

Aunque la subasta y el concurso son formas «normales» de adjudicación (art. 76.1) y el procedimiento negociado sólo procederá en los casos en que expresamente se determine en la Ley para cada clase de contrato, es necesario tener en cuenta que, además de la preceptiva y general justificación de la elección de la forma de adjudicación que impone la Ley (art. 76.2), cada tipo de contrato, con la excepción del de obras, establece las preferencias sobre cada forma de adjudicación (en todos ellos se designa el concurso como forma ordinaria, salvo que se den una serie de supuestos que hagan del precio el único factor determinante de la adjudicación), de tal modo que la Administración elegirá la forma de adjudicación, de acuerdo con tales criterios.

La subasta versará necesariamente sobre un tipo expresado en dinero, y la adjudicación se realizará a quien, sin exceder del tipo, oferte el precio más bajo (art. 75.2).

Parece evidente que la excesiva competencia en las proposiciones y las distintas coyunturas económicas pueden provocar, y de hecho provocan, bajas desproporcionadas o temerarias que es preciso saber identificar.

A este efecto, la Ley remite al desarrollo reglamentario para la determinación de criterios objetivos que permitan su declaración, pero introduce algunos aspectos positivos complementarios que conviene destacar.

En primer lugar, se requerirá, previamente a la declaración, información a todos los licitadores supuestamente comprendidos en la baja temeraria; en segundo lugar, aunque como derecho supletorio para Administraciones públicas distintas de la del Estado, se dispondrá del asesoramiento técnico del servicio correspondiente que, como parece lógico, deberá derivar en el informe respectivo, y en tercer lugar se prevé la posibilidad de que el órgano de contratación pueda adjudicar a la proposición más baja, pero que pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración, o en su defecto a la mejor oferta no incluida en temeridad. Para el caso de que se esté ante el primer supuesto, se exigirá una garantía definitiva por el importe total del contrato adjudicado (art. 84.2).

Ello supone, a nuestro juicio, una combinación razonable entre la ineludible tutela del interés público y el esfuerzo por adaptarse a las circunstancias económicas, en ocasiones locales, que justifican determinadas proposiciones.

Lo que se entiende menos, es que se haya eliminado la preceptividad (art. 32.b. LCE), en la solicitud de informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, ante supuestos de bajas desproporcionadas o temerarias.

El concurso, sin embargo, conserva en la LCAP un carácter distinto, por cuanto se valoran a través de él las proposiciones que en conjunto sean más ventajosas, teniendo en cuenta los criterios objetivos que se hayan establecido en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, tales como el plazo de ejecución o entrega, la calidad, la rentabilidad, el precio, u otras circunstancias semejantes que configuran globalmente la bondad de la oferta, pero sin atender, por tanto, exclusivamente al precio de las mismas (arts. 75.3 y 87).

En cualquier caso, debe ponerse de manifiesto la necesidad de objetivar la valoración conjunta de las proposiciones. El concurso complejiza la adjudicación, en la medida en que son valorados otros elementos tan importantes como el precio, lo cual no quiere decir que se abra a partir de esta forma de adjudicación una mayor discrecionalidad administrativa, sino un juicio valorativo objetivo más extenso, en cuanto existe un mayor número de elementos a ser valorados.

Finalmente, la tercera forma de adjudicación es el procedimiento negociado que se configura como una forma excepcional y tasada. En ese sentido, debe aplicarse en los supuestos expresamente previstos en la Ley, desde una interpretación restrictiva en su utilización.

D) *Riesgo y ventura*

Aunque el artículo 99 de la LCAP establece que la ejecución de los contratos se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo aplicable para el contrato de obras en casos de fuerza mayor, vemos que la realidad legislativa no responde a dicho principio.

Originalmente esta expresión quería significar fundamentalmente que la mayor onerosidad sobrevenida del contrato, no autorizaba al contratista a resolver el contrato o simplemente incumplirlo, ni a obtener compensaciones económicas por ello⁸. La extensión que se ha venido realizando de dicho principio a todos los contratos, proviene de la naturaleza del contrato de obras, en cuanto contrato cuyo cumplimiento requiere la obtención de un determinado resultado a un precio alzado.

Sin embargo, junto a este principio se han incorporando otros como la prevalencia del fin sobre el objeto contractual y el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato, que han supuesto en la práctica, a través de concepciones como las del contratista-colaborador, la variabilidad del contrato o el equilibrio de la ecuación financiera del contrato, provenientes del contrato de gestión de servicios públicos, la clara relativización de las consecuencias jurídicas del principio de riesgo y ventura consagrado en la Ley.

Además, el contrato de obras, aun cuando es como decimos un contrato de resultado, y en esa medida la prestación debida es la obra terminada y no la actividad necesaria para llevarla a cabo, incluye una regulación de la fuerza mayor, que supone un tratamiento para el contratista más favorable que en la regulación civil.

De este modo, el artículo 144 LCAP reconoce al contratista el derecho a recibir indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido en supuestos de incendios causados por la electricidad atmosférica, fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes, además de los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 6.ª ed., Cívitas, 1993, p. 709.

Desaparece de la norma la referencia de la Ley anterior a «cualquier otro de efectos análogos a los anteriores, previo acuerdo del Consejo de Ministros» (art. 46 LCE), que permitía el reconocimiento de otros supuestos de fuerza mayor, lo cual no debe interpretarse en el sentido de considerar el vigente precepto como una lista cerrada de supuestos indemnizables, al margen de la existencia de una auténtica fuerza mayor⁹.

Por tanto, el principio de riesgo y ventura, como veremos a continuación, justifica algunas especialidades en el contrato administrativo que suponen situaciones gravosas para el contratista, pero desde luego queda sensiblemente relativizado por la aplicación de otros principios más definidores del derecho público de la contratación.

E) *Equivalente económico*

No es posible asumir en toda su extensión la problemática derivada del pretendido equilibrio de las contraprestaciones en el contrato administrativo.

Sin embargo, vamos a detenernos en aquellas cuestiones que, a nuestro juicio, son fundamentales en relación con esta cuestión.

Debemos comenzar señalando que los elementos aplicables por la Teoría general del Derecho a los contratos no pueden ser de aplicación a aquellos que son suscritos con las Administraciones públicas y están sujetos al Derecho público. Principalmente porque la Administración tiene encomendada constitucionalmente la satisfacción de los intereses generales y porque todos los ciudadanos, incluidos los contratistas, deben ser tratados conforme al principio de igualdad de cargas públicas¹⁰. Por tanto, la medida de equilibrio entre las contraprestaciones será la medida en que la actividad contratada y desarrollada es remunerada con su equivalente económico. Sin embargo, es difícil aceptar la existencia de una sola solución justa en la determinación del precio, supuesta la diversidad de técnicas, pericias y formas de acometer la actividad. Por eso el equilibrio tendrá un margen derivado y justificado en la capacidad competitiva de los contratistas sin asumir pérdidas.

La LCAP, de la misma manera que señalaba la LCE, establece que los contratos tendrán un precio cierto de acuerdo con lo convenido, «en función de la prestación realmente efectuada», exhortando a los órganos de contratación para que cuiden «de que el precio de los contratos sea el

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho...*, op. cit., pp. 721-2.

¹⁰ ARIÑO ORTIZ, G.: *La reforma de la Ley...*, op. cit., p. 100.

adecuado al mercado» (art. 14.1). Así, el legislador sigue estableciendo como medida del equilibrio entre bienes y precio, la adecuación a la prestación real que se efectúe.

Ahora bien, el cumplimiento con el equilibrio en la ecuación contractual no se plantea exclusivamente en el momento de determinación del precio, ni incluso en el correspondiente a la formalización del contrato, sino que dicho equilibrio debe perdurar hasta su extinción.

Evidentemente, todo lo que no sea equilibrio de las contraprestaciones, en el momento de su determinación y a lo largo de su desarrollo, supondrá un enriquecimiento injusto de la Administración¹¹.

Los supuestos que ha ido construyendo la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, en los que se debe producir un reequilibrio de la ecuación financiera del contrato, constituyen ya referencias clásicas en la explicación y justificación del equivalente económico.

Ni el denominado *factum principis*, ni el *riesgo imprevisible* han sido acogidos legislativamente¹², sin embargo pueden entenderse reconducibles a la fórmula de revisión de precios, donde sí se produce una alteración sustancial respecto a la legislación anterior.

En primer lugar, hay que señalar que el sistema de revisión de precios deja de ser transitorio, incorporándose a la Ley como factor permanente de reequilibrio contractual. En segundo lugar, deja de ser un sistema excepcional, ya que, como es sabido, en la legislación anterior las cláusulas de revisión se aplicaban *ex contractu*, mientras que en la actual se incorpora el derecho *ex lege* de revisión de todos los contratos, con la excepción de los de trabajos específicos y concretos no habituales. En tercer lugar, este derecho debe entenderse general, en cuanto se establece sin predeterminaciones respecto al origen del desequilibrio contractual y en cuanto prevé el deber de detallar en el pliego de cláusulas administrativas particulares la fórmula o sistema de revisión que sea aplicable. Deber que sólo será excusable si, mediante resolución motivada, se establece en el mismo pliego la improcedencia de la revisión (art. 104.3).

En lo que menos se ha alterado el sistema de revisión de precios es en la cuantía y alcance de la revisión.

¹¹ En este sentido Vid. ARIÑO ORTIZ, G.: *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, ENAP, Madrid, 1968, p. 303. REBOLLO PUIG, M.: *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*, Marcial Pons, 1995, pp. 121 y ss. COSCULLUELA MONTANER, L.: «Consideración sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo», RAP, núm. 84, pp. 192 y ss.

¹² Salvo por lo recogido en relación con las concesiones de servicios públicos, en el artículo 127.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Como veíamos, el principio de riesgo y ventura del empresario consagrado en la Ley se ve hasta cierto punto arrumbado por la consideración y efectos del equivalente económico de las prestaciones. Sin embargo, no se han eliminado de esta Ley todas las influencias de aquel principio.

El fundamento teórico sobre el que se partió para aceptar la revisión de precios en 1964, fue la consideración de la doctrina del riesgo imprevisible, es decir la procedencia de que el empresario asuma, al menos parcialmente, en una especie de reparto, la elevación de los precios¹³.

Este fundamento pervive en la vigente Ley, en la medida en que subsisten algunos límites a la extensión de las fórmulas revisoras.

Así, subsiste el límite de obra realizada y se incorpora el complementario de tiempo de ejecución, de tal modo que la revisión tendrá lugar cuando, al menos, se hubiese ejecutado el 20% del importe del contrato y hayan transcurrido seis meses desde su adjudicación (art. 104.1). Desaparece la imposibilidad de revisión por el hecho de que el contratista hubiese incurrido en mora; eso sí, la revisión se referirá a los índices que procedieran en la realización de la prestación en plazo.

Permanece también el límite de conceptos no revisables, en cuanto son excluidos de tal revisión los gastos que deben mantenerse invariables, representados en un 15% del presupuesto (art. 105.2).

Pero sin embargo, se elimina el nivel mínimo de variación de los precios, por encima del cual se debía producir la revisión, lo cual tiene un doble efecto, tanto respecto de los supuestos en que se producían variaciones por debajo del mínimo y no procedía la revisión, como de aquellos que procediendo la revisión por superarlo, dicha revisión no incluía ese mínimo y se aplicaba a partir de él (art. LCE).

Puede decirse, por tanto, que el equivalente económico es un principio que inspira el contrato administrativo, y que lo inspira en la regulación que la vigente Ley se realiza, a pesar de la existencia de factores que atienden a otras concepciones, en cierta medida contradictorias, pero todavía incorporadas a Ley vigente.

F) *Supremacía de la Administración*

La Administración concurre en las relaciones jurídico-administrativas como potentior persona, investida de una serie de privilegios y prerrogativas que son consecuencia de la naturaleza pública de los intereses que tutela. En esa medida, también está sometida a una serie de formas y procedimientos que configuran el patrimonio garantista del ciudadano.

¹³ ARIÑO ORTIZ, G.: *La Reforma de la Ley...*, op. cit., p. 131.

No puede hablarse, por consiguiente, de una situación de igualdad entre las partes de un contrato administrativo¹⁴, sino de la composición de una situación de equilibrio, desde las distintas y desiguales posiciones que ostentan y representan las partes en un contrato administrativo.

Si las potestades de dirección e inspección, sancionadora y de interpretación del contrato, se atribuyen a la Administración como instrumentos para mejor desarrollar su tutela en defensa de lo pactado, y en consecuencia poder actuar sin la intervención de los Tribunales, es decir ejercitando su autotutela declarativa y ejecutiva, ninguna de ellas permite a la Administración separarse de lo pactado o convenido. Lo que suponen, simple y llanamente, es aplicar a la institución contractual las cualidades incorporadas por el ordenamiento jurídico a las Administraciones públicas.

Distinta por sus consecuencias en la administración del contrato es el *ius variandi*.

El órgano de contratación sigue teniendo la posibilidad de modificar el contrato, siempre que las modificaciones estén basadas en razones de interés público, sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas y se justifique adecuadamente en el expediente.

Lógicamente, las consecuencias derivadas del ejercicio del *ius variandi* deberán ser adecuadamente compensadas por la administración, tanto en lo referido a los incrementos de costes, como en los daños que pudieran ocasionarse al contratista. Los efectos de las modificaciones contractuales pueden ser diversos y son regulados en la Ley para cada tipo de contrato.

La suspensión de los contratos puede ser considerada, por otra parte, como una extensión de la modificación contractual. Cuando la Administración acordare la suspensión del contrato, siempre que ésta no sea superior a seis meses y constituya causa de resolución, o tuviera lugar por decisión del contratista ante la falta de pago de la Administración, se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación en que está la ejecución del contrato, y la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste (art. 103).

Sin embargo, puede decirse, sin profundizar en este momento sobre todo ello, que se ha producido un notable avance en esa idea de reconstruir

¹⁴ MARTÍN RETORTILLO, S. en «La institución contractual en el Derecho Administrativo: en torno a la igualdad de las partes», RAP, núm. 29, p. 101, señala que más que la igualdad, lo que importa es la fuerza que posea la voluntad de cada parte para establecer la correspondiente relación jurídica.

el equilibrio entre las partes, modificando las condiciones que permitían escribir en el pasado, sobre un cierto privilegio administrativo de incumplir¹⁵, en relación a la diferencia de efectos del incumplimiento del contratista, que el artículo 159 RCE «refería a cualquier cláusula contenida en el contrato», a efectos de autorizar la resolución del contrato, respecto del incumplimiento de la Administración, que sólo posibilitaba aquella «en los casos previstos en esta Ley» (art. 53 LCE). Esa postura tenía su correlativa proyección en el tratamiento que se daba a la demora en el pago del precio por parte de la Administración, o en el plazo de la suspensión temporal sin constituir causa de resolución, entre otros. En ambos casos, por seguir con los mismos ejemplos, se ha producido un avance en el reequilibrio a que antes aludíamos, y que denota un cambio de perspectiva. Cambio que también alcanza a la determinación de las causas de resolución.

G) *Contractus lex*

Es bastante claro ya para este momento, que muchas de las consecuencias que se derivan de la consideración del acuerdo de voluntad de las partes, como primera ley para las mismas, han quedado desvirtuadas para el contrato administrativo.

Sin embargo, resta señalar someramente algunas reflexiones en torno a la obligatoriedad de cumplir por parte de los contratantes, y más específicamente por la Administración los contratos viciados de invalidez.

El artículo 4 LCAP establece que la Administración podrá concertar cuantos contratos, pactos y condiciones tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y añade que deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquella.

No parece que exista duda respecto de la obligatoriedad que el mencionado precepto impone a la Administración, para el cumplimiento de contratos que pudieran adolecer de algún vicio de invalidez. No obstante, no parece lógico mantener la ejecución de un contrato sobre el que pese alguna irregularidad invalidante, especialmente si existen terceros, que pudieran resultar perjudicados.

En cualquier caso, si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, queda la posibilidad de que se disponga en el mismo acuerdo la continuación de los

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho...*, op. cit., pp. 732 y ss.

efectos del contrato bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten urgentemente las medidas necesarias para evitar el perjuicio (art. 66.3).

Por tanto, la Administración no podrá apartarse libérrimamente de la vinculación contractual, pero sí podrá, más bien deberá a nuestro juicio, ejercitar sus prerrogativas.

En ese sentido, la declaración de nulidad de los contratos por causas de nulidad y anulabilidad, podrá ser acordada por el órgano de contratación, de oficio o a instancia de los interesados, previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva (art. 65.1 LCAP), de acuerdo con los requisitos y plazos establecidos en la LRJPAC.

Asimismo, la suspensión de la ejecución de los actos de los órganos de contratación se llevará a cabo de acuerdo con la citada Ley y con la LJCA.

La nueva regulación de la suspensión incluida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, amplía expresamente la capacidad de la Administración para suspender la ejecución de un acto administrativo, sobre el que se haya iniciado un procedimiento de revisión de oficio¹⁶, siempre que dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, y mantiene, con una ordenación más completa, la regulación referida a suspensiones de ejecución de actos recurridos.

Todo ello, claro está sin perjuicio de las indemnizaciones que la parte culpable deba satisfacer a la contraria, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos.

En cualquier caso, por tanto, la Administración estará obligada al cumplimiento del contrato o al ejercicio de sus prerrogativas, tanto en referido a las declaraciones de nulidad, como en las suspensiones de ejecución.

H) *La forma de contrato*

El artículo 56 LCAP prohíbe a la Administración contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga carácter de emergencia. Es más, la Ley prohíbe también iniciar la ejecución sin que se haya procedido a la previa formalización, salvo que se esté ante tramitaciones urgentes o de emergencia (art. 55.4). Los contratos se formalizarán en documento

¹⁶ Aunque a decir verdad, bajo la vigencia de la LPA, ya se manifestó el Consejo de Estado, a través de su Dictamen de 12 de julio de 1962, en un sentido favorable a la aplicación analógica del artículo 116 LPA, en el que se preveía la suspensión de los actos administrativos recurridos.

administrativo, dentro del plazo de treinta días, plazo de derecho supletorio para las CCAA, siendo suficiente dicho documento para el acceso a cualquier registro público¹⁷. No obstante, podrá elevarse a escritura pública cuando lo solicite el contratista, siendo a su costa los gastos que se deriven de su otorgamiento (art. 55.1).

De cualquier forma hay que tener en cuenta que la formalización escrita no tiene carácter constitutivo¹⁸. La perfección del contrato se realiza mediante la adjudicación por el órgano administrativo correspondiente, cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación que se hayan utilizado (art. 54). Por ello, cuando no pudiese formalizarse el contrato, dentro del plazo establecido, la Administración podrá acordar su resolución, con la incautación por incumplimiento, de la garantía provisional y la indemnización, en su caso, de los daños y perjuicios ocasionados. Los mismos efectos causará el incumplimiento de la Administración (art. 55.3).

Este conjunto de principios articulan y explican el funcionamiento modulado de la institución contractual, conforme a las normas del ordenamiento jurídico-administrativo.

Desde ellos se entiende la coexistencia del acuerdo contractual y su correspondiente administración, con intereses públicos y privilegios y prerrogativas administrativas, en una atmósfera general de reconstrucción y garantía del equilibrio de partes y prestaciones.

¹⁷ En este sentido se ha manifestado la doctrina, Vid. ARIÑO ORTIZ, G.: *La reforma de la Ley...*, op. cit., pp. 79 a 82.

¹⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Cívitas, 1995, p. 688.

LA «EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS»

José Manuel Fernández Hierro

Sumario: 1. Antecedentes. 2. Normativas aplicables. 3. Concepto y clases. 4. Excepción y derecho de retención. 5. Exceptio y compensación. 6. Exceptio y resolución contractual. 7. Condiciones. 8. Ejercicio de la exceptio. 9. La exceptio non adimpleti contractus y la letra de cambio.

La «exceptio non adimpleti contractus» y su variante la «exceptio non rite adimpleti contractus» son utilizadas con frecuencia en la praxis jurídica.

1. Antecedentes

A pesar de su denominación el derecho romano no conoció la excepción non adimpleti contractus, sino que fueron los canonistas y los glosadores los que la crearon como medio de defensa del deudor en los contratos sinalagmáticos, fundamentándose, sobre todo los primeros, que realmente la iniciaron, en la no legitimación de quien ha incumplido el contrato para pedir el cumplimiento del otro contratante, porque las obligaciones debían ejecutarse simultáneamente por ambas partes.

Conceptualmente se ha discutido sobre si su fundamentación técnica puede ser una condición suspensiva, una condición resolutoria, un pacto de non petendo o un término inicial para la exigencia del cumplimiento de la obligación¹.

¹ ESPÍN CÁNOVAS, «La excepción de cumplimiento contractual», en *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre 1964, pp. 557 y ss.

Todas estas construcciones tienen sus inconvenientes y así, se ha objetado con acierto que la teoría de la condición suspensiva conduce al círculo vicioso en el que nunca se sabe cuándo existen las obligaciones recíprocas, puesto que la condición para el nacimiento de cada una es la realización de la contraria².

La excepción comentada se generalizó en el derecho antiguo; pero lo que es más notable constatar es que sin haber sido como tal reconocida por los ordenamientos modernos, se siga aplicando por los tribunales en diferentes países, entre ellos en España.

Su regulación y configuración ha sido una tarea evidentemente jurisprudencial, y será a ésta a donde haya que atender para fijar los contornos de la excepción comentada, tanto más cuando la doctrina no ha prestado excesiva atención a la misma.

El propio Tribunal Supremo así lo ha recogido en su sentencia de 30 de enero de 1987³:

«... excepción que, no obstante la falta de regulación expresa en nuestro Ordenamiento, viene siendo reconocida por la doctrina científica y sancionada por este Tribunal con apoyo en los artículos 1.100 —párrafo último— y 1.124 del Código civil, a cuyo amparo la jurisprudencia no ha dudado en admitir tanto la exceptio de “non adimpleti contractus” como la denominada, con la misma base de respeto a lo prometido y a la buena fe, de “non rite adimpleti contractus” —SS. 5 julio 1946; 22 marzo 1950; 4 noviembre 1963; 12 marzo 1965; 31 diciembre 1971; 3 y 14 marzo 1973; 28 febrero 1974; 9 y 17 abril 1976; 26 octubre 1978 entre otras—.»

La doctrina francesa, antes de la publicación del Código civil, había entendido que existía implícitamente en las obligaciones del modo que luego va a recogerse indirectamente en los Códigos civiles⁴.

2. Normativas aplicables

Como queda dicho, la exceptio non adimpleti contractus no se recoge como tal en la mayoría de los Códigos civiles, lo cual no significa que no existan una serie de preceptos en los que pueda apoyarse, y en que de hecho se apoya la jurisprudencia para aplicarla en la actualidad.

Fundamentándose en el carácter sinalagmático de las obligaciones recíprocas existen, en nuestro ordenamiento jurídico como en otros que

² *Ibidem*.

³ Ar. 666.

⁴ Véase POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1978, pp. 424.

también podemos examinar, una serie de preceptos en que puede apoyarse su ejercicio.

En Derecho francés el artículo 1.146 del Código de Napoleón indica:

«Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer.»

Y el artículo 1.184 señala:

«La condition résolutoire est toujours sousentendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.»

Es determinante en Derecho suizo el artículo 82 del Código de las obligaciones y contratos que puntualiza:

«Celui que poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral doit avoir exécuté ou offrir d'exécuter sa propre obligation, à moins qu'il ne soit bénéficié d'un terme d'après les clauses ou la nature du contrat.»

En Derecho alemán el § 320-I, 1.^a del B.G.B. indica que:

«El obligado por virtud de un contrato bilateral puede negar la prestación que le incumbe hasta la efectuación de la contraprestación, a no ser que esté obligado a cumplir la prestación anticipadamente.»

El artículo 801 del Código civil portugués dice:

«Impossibilidade culposa.

1. Tornando-se impossível a prestação por causa imputável ao devedor, é este responsável como se faltasse culposamente ao cumprimento da obrigação.

2. Tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro.»

El artículo 754 del mismo Código señala:

«Quando existe.

O devedor que disponha de um crédito contra o seu credor goza do Direito de retenção se, estando obrigado a entregar certa coisa, o seu cre-

dito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados.»

En nuestra legislación la clave es el artículo 1.124 del Código civil que, como es sabido, señala:

«La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.»

Dicho artículo, a los efectos comentados, puede verse complementado por el 1.101 y también por los artículos 1.466 y 1.467 de manera específica respecto de la compraventa.

El Tribunal Supremo ha efectuado en relación con el artículo 1.124, entre otras, las siguientes precisiones jurisprudenciales:

- a) Que la resolución opera extrajudicialmente mediante declaración de voluntad emitida por uno de los contratantes y dirigida al otro, si no es impugnada luego en procedimiento civil o, alternativamente, por demanda judicial⁵.
- b) Que el fundamento es el de la reciprocidad de las obligaciones, permitiendo al contratante fiel que en el supuesto de incumplimiento del otro contratante, salga del estado de incertidumbre que tal incumplimiento la produce⁶.
- c) Ahora bien, la jurisprudencia más reciente señala que lo esencial es valorar conjuntamente las conductas contractuales de ambas partes, entendiéndose que el incumplimiento se produce cuando se frustra el legítimo interés a la consecución del fin perseguido por la parte cumplidora con la firma del contrato⁷.

⁵ SS. 19 noviembre de 1984, Ar. 5.565, 14 de junio de 1988, Ar. 4.875 y 28 de febrero de 1989, Ar. 1409. En idéntico sentido en cuanto al derecho francés la exceptio no está subordinada a una demanda judicial, Crim. 27 de enero de 1970, Sem. Jur. 1970, II, 16554.

⁶ S. 16 de noviembre de 1956, Ar. 3.447.

⁷ SS. 18 de noviembre de 1983, Ar. 6.488, 28 de febrero de 1986, Ar. 862 y 30 de junio de 1987, Ar. 4.832.

- d) Que la resolución sólo puede solicitarla el que ha cumplido por su parte⁸.
- e) Que el incumplimiento ha de ser de tal entidad que impida el fin normal del contrato⁹, no constituyéndolo el simple retraso¹⁰.

En los casos de compraventa supondría incumplimiento la entrega de una cosa por otra¹¹ y la entrega de una cosa inservible¹².

3. Concepto y clases

Podemos definir a la *exceptio non adimpleti contractus* como el medio de defensa del deudor, que opone a su acreedor la alegación de que él también ha incumplido el contrato, cuando en el mismo se prevén obligaciones recíprocas¹³.

⁸ SS. 21 de marzo de 1986, Ar. 1.275, 25 de octubre de 1988, Ar. 7.637 y 20 de junio de 1990, Ar. 4.799.

⁹ SS. 7 de octubre de 1988, Ar. 5.581 y 5 de mayo de 1989, Ar. 4.298.

¹⁰ SS. 30 de abril de 1981, Ar. 1.784, 21 de febrero de 1986, Ar. 838 y 6 de julio de 1989, Ar. 5.404.

¹¹ S. 7 de enero de 1988, Ar. 117.

¹² S. 29 de febrero de 1988, Ar. 1.310.

¹³ Desde el ángulo procesal la excepción es el método de oposición concedido por la Ley al demandado, encaminado a anular la acción propuesta pero que, como no niega la relación preexistente entre las partes, hace posible el ejercicio ulterior de nuevas acciones por el actor.

La doctrina tradicional (así DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Madrid 1951, p. 374) ha entendido que la excepción se diferenciaba de los demás métodos de defensa del demandado en que, compartiendo con éstos el ser un modo de impugnar la demanda, sin embargo se diferencia en que no trata de atacar la relación jurídica considerada en su totalidad, sino la acción propuesta, por lo que no impide el ejercicio de nuevas acciones; todo ello sin tener en cuenta que, como regla general, las excepciones para que el Juez las pueda acoger en su sentencia deberán ser alegadas por la parte a las que la beneficia, requisito no necesario en las demás alegaciones de defensa. Guasp en cambio considera la excepción un simple método de defensa señalando que se encamina a anular la acción interpuesta por el actor de un modo específico que el Juez deberá estudiar y recoger en la sentencia (GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Madrid 1956, p. 254).

De todas formas, tengamos en cuenta que en nuestro derecho concreto la excepción perentoria es excepción que afecta al fondo del asunto, y al menos a los elementos en que se fundamenta la pretensión del demandante, lo cual determina que si es estimada la pretensión adversa no pueda ser de nuevo puesta en juego.

¿Cabe que la excepción tenga carácter no procesal? La doctrina ha estado dividida sobre este particular: así Guasp propugna que la excepción fuera del proceso es una *contradictio in terminis*; pero advierte que lo que sucede es que con el nombre de excepción se han traído al proceso problemas y preocupaciones de derecho material que se pretenden insertar dentro de la cobertura procesal, por eso podría mantenerse la conclusión de que si la excepción puede mantenerse fuera del proceso nos encontraríamos con que no se

Así lo ha recogido el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de marzo de 1991¹⁴:

«Cuarto.—Acogido al ordinal 5.º del artículo 1.692 de la L.E.Civ., se formula el quinto y último motivo por “infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la excepción de incumplimiento contractual, “exceptio non adimpleti contractus”, en su modalidad de cumplimiento defectuoso, “exceptio non rite adimpleti contractus”, recogida, entre otras muchas, en las sentencias de esa Sala Primera del Tribunal Supremo de 18-4-79, 14-6-80 y 13-5-85”. Los principios del respeto a la palabra dada y a la buena fe dieron lugar al nacimiento de dos acciones diferentes, una, de contrato no cumplido, llamada non adimpleti contractus, y otra de contrato no cumplido adecuadamente en —cantidad, calidad, manera o tiempo denominada exceptio non rite adimpleti contractus, acciones no reguladas expresamente en nuestro ordenamiento jurídico pero cuya existencia está implícitamente admitida en diversos preceptos y han sido sancionadas por la jurisprudencia: así, en cuanto a la primera, los artículos 1.466, 1.500 párrafo 2.º, 1.100 y 1.124 del C. Civ. y las sentencias de 7 de octubre de 1895, 8 de junio de 1903, 9 de julio de 1904, 10 de abril de 1924, 1 de abril de 1925, 6 de noviembre de 1923 y 29 de diciembre de 1965, y respecto a la segunda los artículos 1.157, 1.100 apartado último, y 1.154, también del C.Civ. —sentencia 17 de abril de 1976—; por otra parte, como dice la sentencia de 13 de mayo de 1985, citada en el motivo, “el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato, no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1.124

trata de una institución auténticamente procesal y mucho menos que no se refiere a las excepciones dilatorias y perentorias reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el caso de la exceptio non adimpleti contractus comentada, parece evidente que la misma se puede desarrollar antes del procedimiento en contestación a cualquier requerimiento, no solamente judicial sino también público e incluso privado: es más, podría incluso el otro contratante aceptar el contenido del requerimiento extrajudicial en el que se alegaba la exceptio non adimpleti contractus, cumplir lo que le faltaba de su prestación y, en el ulterior procedimiento judicial dilucidarse otros extremos como, por ejemplo, el del valor de las mejoras producidas en el objeto de la compraventa.

Por todo ello es claro, en mi opinión, el carácter extraprocesal de la institución comentada.

¹⁴ Ar. 2.451.

del citado texto sustantivo y sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio —sentencias de 21 de noviembre de 1971, 17 de enero de 1975, de 15 de marzo y de 3 de octubre de 1979—”; no habiéndose ejercitado por los demandados acción reconvenzional sino alegada exclusivamente la excepción de contrato no cumplido adecuadamente con la finalidad de retrasar el pago de la cantidad reclamada, es clara su improcedencia a tenor de la citada doctrina jurisprudencial, dada la finalidad meramente reparatoria, por cualquiera de los medios indicados, de la alegada excepción; en consecuencia procede desestimar el motivo.»

Se distinguen dos clases de excepciones paralelas: la *exceptio non adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus*.

La diferencia entre ambas reside en que la *exceptio non adimpleti contractus* supone un incumplimiento total por la otra parte, mientras que la *exceptio non rite adimpleti contractus* sólo comporta un incumplimiento parcial o defectuoso.

Para Díez Picazo¹⁵ un cumplimiento inexacto existe en todos los supuestos en que el comportamiento del deudor no se ajusta a los presupuestos, o a las condiciones convenidas, o que se deducen de lo pactado, para entender que hay un pleno pago. Pero estimo que, en cualquier caso, tal incumplimiento debe ser verdadero y debe tener entidad suficiente para justificar el funcionamiento de la *exceptio*, no bastando un incumplimiento de puntos accesorios del contrato o de escasa transcendencia.

Evidentemente la distinción expuesta no se basa en el derecho positivo, ya que el Código civil, como he indicado, no recoge como tal la excepción, sino en textos doctrinales y en fallos jurisprudenciales. Así por ejemplo la sentencia de 29 de septiembre de 1994¹⁶ la recoge:

«Que centrados en esa forma los términos de la litis, el demandado viene a negar el pago de la cantidad de doscientas cuarenta y seis mil novecientas ochenta y seis (246.986) ptas., y a juzgar por las pruebas que propuso debe entenderse que ejercita la excepción de “non rite adimpleti contractus”, o contrato no cumplido adecuadamente. Sobre dicha excepción conviene precisar, que en las relaciones obligatorias de contenido sinalagmático, como es el caso de la presente, el deber de prestación de cada una de las partes funciona como equivalente o como contravalor de la prestación de la otra, de lo que se lleva que la excepción de contrato no cumplido venga admitida por la jurisprudencia, como, asimismo, viene

¹⁵ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, Madrid, 1970, p. 686.

¹⁶ Ar. 2.372.

admitiendo la paralela excepción de cumplimiento irregular, o “non rite adimpleti contractus”, debiendo destacarse que en el campo de actuación de esta última excepción no siempre está fundada la negativa a satisfacer la contraprestación por el incumplimiento irregular de la contraparte, por lo que debe acudir al instituto de la buena fe, lo que hace hayan de ponderarse las circunstancias de cada caso en particular la mayor o menor trascendencia de cada irregularidad, teniendo sentada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia de 17 abril 1976 que plantea la exceptio “non rite adimpleti contractus”, en aras de la buena fe, el demandado no puede eximirse de cumplir con su parte en la contratación, sino en aquello que sea equivalente a la reparación o rectificación reclamada al demandante por su defectuoso comportamiento.»

4. Excepción y derecho de retención

Parte de la doctrina (como Oertmann, y Pérez González y Alguer), ha considerado a la exceptio non adimpleti contractus como una modalidad del derecho de retención.

Así se han pronunciado Enneccerus-Lehmann¹⁷ si bien entienden que ofrece la particularidad de que no puede ser eliminado mediante caución, ya que no está fundado solamente en la seguridad del contracredito, sino en base a eliminar la injusticia que supone la exigencia de la prestación previa.

La doctrina francesa, en cambio, si bien ve en la exceptio una institución que permite conservar un bien, al menos provisionalmente, a fin de garantizar lo que le es debido en virtud de una contraprestación a una persona; considera sin embargo, que se trata de una institución diferente del derecho de retorno¹⁸, y así Planiol y Ripert distinguen dos categorías de derecho de retención¹⁹:

«Advierten que la «doctrina reciente distingue dos categorías: la retención que se produce en relación de un contrato sinalagmático tiene su fundamento en el principio de la relación entre obligaciones recíprocas y del cumplimiento dando y dando, básico también en la excepción de incumplimiento, aproximándose estrechamente la retención a la excepción.

¹⁷ ENNECCERUS-LEHMANN, «Derecho de Obligaciones», en *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, 1933, Vol. I, p. 165.

¹⁸ Véase: CATALA, N., «De la nature juridique du droit de rétention», en *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1967, número especial, pp. 15 y ss.; RODIER, notas a, D. 1965, 58 y 78; WEILL, ALEX, y TERRÉ, FRANÇOIS, «Les obligations» en *Droit Civil*, París 1980, p. 546.

¹⁹ PLANIOL y RIPERT, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, traducción española, vol. III, n.º 445.

Los demás casos se incluyen en otra categoría: se trata de aquéllos en que existe el *debitum cum re junctum* en el sentido más exacto de la frase, es decir, la conexidad objetiva.»

Ciertamente, un mayor confusionismo se puede dar cuando se trate de un contrato que lleve consigo la transferencia de un bien, sobre todo la compraventa.

Pero la diferencia se acusa más cuando el derecho de retención se aparta de la cosa ajena entregada en virtud de un contrato, por ejemplo de reparación, y ese derecho de retención no equivale para nada a la *exceptio non adimpleti contractus*.

Tal vez, podríamos concluir diciendo que el derecho de retención es diferente de la *exceptio non adimpleti contractus* pero que ésta puede llevar consigo incorporado —si su titular decide ejercerla— un derecho de retención sobre el bien objeto de la oposición; pero es de resaltar que según la jurisprudencia francesa la excepción puede aplicarse a cualquier obligación y no solamente a la de entregar un cuerpo cierto o un objeto²⁰ sino también al deudor de una obligación de hacer²¹.

Por otro lado, no es necesario que la parte demandada acuda al tribunal para desligarse de su obligación, según una jurisprudencia antigua del Tribunal Supremo²², siendo la cuestión del incumplimiento y de quién incurrió en él, ajena al ámbito estricto de la casación²³; señalando además diversas sentencias que se infringe el artículo 1.124 del Código civil si se acepta una resolución de perjuicios de uno de los contratantes cuando ambos habían faltado a sus recíprocas obligaciones²⁴, aun cuando si ambos contratantes lo piden, por respeto al principio de congruencia, la Sala debe acordarlo²⁵.

5. Exceptio y compensación

También se distingue la *exceptio adimpleti contractus* de la compensación y, precisamente, por las razones contrarias a las acabadas de exponer respecto del derecho de retención.

Y es que, mientras la compensación trata de que dos obligaciones diferentes pueden mutuamente contraerse, la *exceptio*, por su parte, se

²⁰ Req. 17 de mayo de 1938, D.H. 1938, 419.

²¹ Soc. 31 de mayo de 1956.

²² S. 29 de diciembre de 1926 y 19 de junio de 1913.

²³ S. 12 de diciembre de 1914.

²⁴ SS. 28 de junio de 1893 y 10 de febrero de 1925.

²⁵ S. 4 de junio de 1908.

circunscribe a las distintas prestaciones que se derivan de un mismo contrato.

La compensación hace referencia, por tanto, a pluralidad de obligaciones, mientras que la exceptio es un método de defensa de quien alega, a sensu contrario, que su contratante ha incumplido la parte que le correspondía en la misma obligación.

El artículo 1.196 del Código civil es suficientemente claro al respecto:

«Para que proceda la compensación, es preciso:

- 1.º Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro.
- 2.º Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado.
- 3.º Que las dos deudas estén vencidas.
- 4.º Que sean líquidas y exigibles.
- 5.º Que sobre ninguna de ellas halla retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor.»

El precepto transcrito evidencia la necesidad de la existencia de obligaciones diversas; y por otro lado hay que tener en cuenta las características de liquidez y exigibilidad contenidas en el artículo 1.196, que no necesitan existir para poder ser alegadas en la exceptio.

Todo ello no empece la concurrencia de ambas, exceptio y compensatio, en una misma situación, y si bien esto es difícil que suceda, no parece que teóricamente, como apunta Espín Cánovas²⁶ pueda objetarse nada a su acumulación.

6. Exceptio y resolución contractual

La exceptio en sus dos versiones se distingue del derecho de retención (al menos parcialmente); ahora bien, ¿se distingue bien del derecho de resolución? Evidentemente sí: el ejercicio de la exceptio non adimpleti contractus no significa que se lleve a cabo la resolución del mismo, sino que lo único que pone de relieve es la cruzada reciprocidad de las prestaciones bilaterales y recíprocas, y en base a ella, admitir una suspensión de las obligaciones propias fundada en el incumplimiento adverso.

Ahora bien, tal excepción no significa la resolución definitiva del contrato, sino sólo la suspensión de las obligaciones en tanto en cuanto

²⁶ ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 555.

dure el incumplimiento de la otra parte; y en función de tal incumplimiento se optará, como señala el artículo 1.124, por la resolución o cumplimiento.

La exceptio puede conjugarse tanto con la resolución como con el incumplimiento; no equivale por tanto al derecho de retención —puede no tener que ejercitarse tal derecho de retención, aun alegando la exceptio— y tampoco a la resolución, que puede no tener lugar a pesar de invocar la *exceptio non adimpleti contractus*.

En definitiva, resolución o incumplimiento estarán en función de la gravedad de la infracción y de la opción que el artículo 1.124 concede al contratante perjudicado, sin olvidar que, de acuerdo con lo que señala el artículo 1.124, 2.º, el perjudicado podrá optar por la resolución, aun después de pedir el cumplimiento, si éste resultara imposible.

En cualquier caso, podemos concluir que si bien la *exceptio* deriva del artículo 1.124 del Código civil, su ejercicio no supone una rescisión contractual, aunque tampoco la excluye, siendo compatibles con las dos opciones que contiene el artículo 1.124; y en cuanto a los efectos de la *exceptio* entre los terceros, en principio la *exceptio* produce sólo efecto entre partes, pero habrá que dejar a salvo al contenido del artículo 1.257 y del propio artículo 1.124 in fine del Código civil.

No obstante, tanto la doctrina²⁷ como la jurisprudencia francesa²⁸, han optado por aplicar la *exceptio non adimpleti contractus* sólo en el campo de la suspensión de los contratos, entendiendo que es un beneficio para el acreedor que así no tiene que entregar su contraprestación hasta tanto cumpla la suya el otro contratante, y también para el propio deudor, que de esta forma no ve operar una resolución de pleno derecho del contrato.

7. Condiciones

¿Qué condiciones son las que se requieren para poder ejercitar la *exceptio non adimpleti contractus*? La doctrina ha sido parca al respecto, pudiendo citarse a este respecto a Espín²⁹, quien indica como requisitos:

- «A) Existencia de un contrato sinalagmático.
- B) Falta de cumplimiento de la parte a quien se opone.
- C) Alegación no contraria a la buena fe.»

²⁷ WEILL, A. y TERRÉ, F., *op. cit.*, p. 538.

²⁸ Civ. 29 de junio de 1939, D.H. 1939, 436.

²⁹ ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 557.

1.º En primer lugar, hace falta la existencia de una obligación sinalagmática que establezca deberes para las dos partes contratantes; sin este requisito previo es lógico que no pueda aplicarse la *exceptio glo-sada*, que exige, como su nombre indica, la previa existencia de un contrato.

La sentencia de 29 de julio de 1994³⁰ señala:

... no consta que la cosa entregada, que no es la pactada, tenga un valor superior al que ya ha abonado por ella la demandada hoy recurrente la cual puede desde luego abstenerse de cumplir con su prestación mientras la vendedora no cumpla con la suya pues, como ya quedó dicho en las Sentencias civiles de esta Sala de 20 octubre 1989, 19 abril 1.991 y 13 julio 1993; en la penal de 28 septiembre 1993 y en la Civil de 12 marzo 1994, los contratos bilaterales o con obligaciones recíprocas, como lo es la relación jurídica del caso, vienen informados por el principio del cumplimiento simultáneo, atendiendo a la conexión e interdependencia existente entre las obligaciones de las partes —el sinalagma—, que no admite la separación temporal entre las dos prestaciones en juego, salvo que así se haya convenido o resulte de la misma naturaleza del contrato o de los usos del tráfico, lo cual tiene su reflejo en el derecho positivo en los artículos 1.466 y 1.500 del Código civil, para el contrato de compraventa, pero es de general aplicación para todas las relaciones sinalagmáticas, dando lugar a las excepciones del contrato no cumplido y del cumplimiento inexacto, en cuya virtud, cada parte contratante puede oponerse a desarrollar su prestación si la otra no ha dado efectividad a la suya o no ofrece cumplirla simultáneamente en la ejecución denominada «mano a mano», ejerciendo el derecho a abstenerse provisionalmente de cumplir en tanto el otro sujeto no realice su contraprestación correctamente.

2.º Es necesario que las obligaciones no solamente sean mutuas, sino que nazcan del mismo contrato, ya que no cabría oponer al acreedor contractual una prestación distinta que naciera por título jurídico diferente. La *exceptio non adimpleti contractus* se refiere siempre a las obligaciones nacidas del propio convenio, y no a la compensación, que por causas diferentes pudiera existir entre dos personas.

Así lo ha admitido el Tribunal Supremo³¹ y también la jurisprudencia francesa, al precisar que es necesario que las dos obligaciones recíprocas deriven de un mismo contrato³², aunque la antigua doctrina francesa mantenga la opinión contraria recogida por Espín Cánovas³³:

³⁰ Ar. 1.589.

³¹ S. 29 de julio de 1994, Ar. 1.589.

³² Req. 17 de mayo de 1.938, D.H. 1938, 419.

³³ ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 557. Aunque el mismo Espín reconoce la oposición de parte de la doctrina francesa encabezada por Capitant a tal tesis.

«En este sentido Cassin propone aplicarla a los siguientes casos:

- 1.º A las relaciones nacidas de la anulabilidad de un contrato sinalagmático ya ejecutado.
- 2.º A los contratos unilaterales imperfectos
- 3.º A las relaciones sinalagmáticas incompletas y a los cuasi contratos.
- 4.º A lo que llama, relaciones sinalagmáticas creadas por la ley o bajo la autoridad de la ley (expropiación por causa de utilidad pública, retratos, tutela, etc.).»

3.º Hace falta que las prestaciones no estén cumplidas, ya que de estarlas, la exceptio no tendría objeto ni finalidad alguna.

Esa es la interpretación del Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de julio de 1993³⁴, la cual precisa:

«... 2.ª La alegación del supuesto incumplimiento contractual por una de las partes (“exceptio non adimpleti contractus”), que sería plenamente adecuada y procedente si el objeto litigioso versara sobre la pretensión de cumplimiento de dicho contrato, deducida por la parte supuestamente incumplidora, resulta totalmente extemporánea e inoportuna, cuando el contrato ya quedó cumplido y extinguido por expiración de su vigencia temporal y lo único que pretende una de las partes es la liquidación de las cuentas pendientes entre ellas, como consecuencia del expresado cumplimiento.»

4.º Debe de tratarse de incumplimiento verdadero, ya que si hubiera un aplazamiento de pago, la otra parte contratante no podría alegar tal aplazamiento, contractualmente previsto, para incumplir sus propias obligaciones³⁵.

5.º El incumplimiento debe tener una cierta importancia para poder a su vez suspender la contraprestación³⁶.

6.º Finalmente debe haber una proporcionalidad entre la actuación de uno de los contratantes y la aplicación de la exceptio, dado que la actuación debe ir presidida por las reglas de la buena fe³⁷.

Espín³⁸, siguiendo a De Page, analiza los supuestos en que se faltaría a este requisito:

«1.º La excepción no puede ser invocada más que en caso de falta grave a las obligaciones principales del contrato; no en caso de faltar a obligaciones secundarias.

³⁴ Ar. 5.797.

³⁵ SS. 30 de abril de 1981, Ar. 1.784 y 6 de julio de 1989, Ar. 5.404.

³⁶ S. A.P. Jaén de 15 de abril de 1993, Ar. Civ. 463.

³⁷ En cuanto a jurisprudencia francesa, Civil Ire 23 de octubre de 1963, 364, 33; Civil 5 de marzo de 1974, Sem. Jur. 1974, II, 17.707; Civil Ire 27 de mayo de 1961, Bull. Crim. 1961, I, n.º 264.

³⁸ ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 566.

2.º La excepción no puede ser alegada cuando el que la alega ha motivado el incumplimiento de la otra parte o ha faltado él mismo a sus obligaciones.

3.º En general, debe rechazarse también la excepción, cuando al que se le opondrá, puede invocar una causa legítima para no cumplirla.»

Es perfectamente aplicable el artículo 7 del Código civil tanto en su llamamiento a la buena fe, que contiene el n.º 1.º, como en la interdicción del abuso de derecho recogida en su n.º 2.º, así como la prohibición del fraude de ley recogida en el artículo 6-4.º.

Tal conjunto de normas deberá tenerlas en cuenta el juzgador para rechazar aquellos supuestos de excepción que constituyan una colisión con la buena fe y supongan un abuso de derecho: precisamente una institución como la comentada, fundada en principios de justicia y equidad, debe ser la más lejana a admitir actos que se opongan a aquéllas.

Notemos sin embargo que no hace falta siempre un incumplimiento total, porque el parcial es el que dará origen a la *exceptio non rite adimpleti contractus*³⁹. En tales circunstancias hay que atender a la finalidad de los contratantes y, concretamente, a si han querido hacer del mismo un todo indivisible para aceptar o no que, por un incumplimiento parcial, se resuelva la totalidad del contrato⁴⁰.

En cambio, no participo totalmente de la opinión de Enneccerus de que el demandante tenga que desvirtuar la excepción de la contraexcepción (réplica) que él tiene que probar: entre el derecho a la *exceptio* y el contenido concreto de él, el primero de ellos es una cuestión jurídica exenta de prueba, mientras que en cuanto a la alegación sobre si la otra parte ha incumplido o ha cumplido defectuosamente un contrato, me remito a lo que expongo en el apartado siguiente.

Lógicamente, en los contratos y obligaciones recíprocas, la posibilidad de resolución afecta nada más que al período a partir del cual uno de los contratantes ha incumplido sus obligaciones⁴¹.

8. Ejercicio de la *exceptio*

Dándose los requisitos para que la *exceptio* pueda aplicarse, vamos a ver sumariamente cómo ésta habrá de ejercitarse.

³⁹ En sentido contrario, ENNECCERUS-LEHMANN (*op. cit.*, p. 166) con la matización de atender prioritariamente a la buena fe de quien lo alegue.

⁴⁰ Civ. 1re. 3 de noviembre de 1983, Bull. Civ. I, n.º 252.

⁴¹ Civ. 3º 28 de enero de 1975. Bull. Civ. III, n.º 33.

Si hubiera acuerdo entre ambas partes, el ejercicio de la exceptio non adimpleti contractus podía ser mediante un nuevo convenio entre ambos.

No existiendo tal acuerdo, que será lo más probable, se plantea a su vez el ejercicio de la excepción judicial o extrajudicial.

Como antes he indicado, no hace falta el ejercicio judicial, pudiendo simplemente quien desee beneficiarse de ella, acogerse a la misma mediante la indicación, en tal sentido, dirigida a la otra parte.

Ni siquiera hace falta que tal indicación sea de forma fehaciente, si bien tal medio será conveniente como demostración de la declaración de voluntad.

Si la otra parte ha iniciado el procedimiento judicial será entonces necesario ejercitar la exceptio dentro del procedimiento, en el cual tendrá el carácter de verdadera excepción defensiva.

En definitiva, si es el demandado quien se acoge a la exceptio, éste la ejercitará judicialmente, mientras que si toma la iniciativa quien con la misma pretende beneficiarse, podrá optar entre la vía extrajudicial y la judicial.

Dentro del procedimiento judicial será al demandado al que le corresponda la carga de la prueba, como antes he indicado, de los hechos en que basa el incumplimiento de la contraparte, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 1.214 del Código civil. No comparto la opinión de Espín Cánovas⁴², según el cual al demandado le bastará alegar la excepción de incumplimiento para hacer recaer la prueba sobre el actor. Sobre el objeto de la demostración del incumplimiento del actor habría que matizar:

- a) La questio iuris de la exceptio no está sujeta a prueba.
- b) Si se trata de un incumplimiento total, es decir de no cumplimiento por la otra parte, efectivamente será el actor quien deba demostrar que ha cumplido su prestación.
- c) Si se trata de un incumplimiento parcial o defectuoso, la carga de la prueba, a tenor del artículo 1.214 del Código civil, recaerá en el exceptiens.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que tales reglas no son matemáticas y que es de sobra conocida la crítica que la doctrina procesal moderna ha hecho al principio de distribución de la carga de la prueba y, como corolario, que en cualquier caso cada parte tratará de demostrar aquellos hechos que le beneficien.

⁴² ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 580.

La exceptio puede no ser un método de defensa definitivo ya que si la parte incumplidora efectuase su prestación, la alegación de la contraria decaería, y la exceptio no tendría razón de ser, a salvo por supuesto, de que el cumplimiento sea efectuado dentro del plazo estipulado y con las condiciones prefijadas.

En cuanto a la posible mora como consecuencia del ejercicio de la exceptio señala Espín Cánovas⁴³:

«El que opone la excepción no incurre en mora, ya que ésta en las obligaciones recíprocas no se produce para una parte mientras la otra no cumple (art. 1.100, últ. ap.), pero lo que no cabe desconocer es que las obligaciones desde el incumplimiento temporal o retraso, prolongan la situación en que se encontraban las partes creando un tiempo intermedio entre la exigibilidad de las recíprocas obligaciones y su cumplimiento ulterior, que no es calificable de mora, pero que puede plantear algunas cuestiones, como la responsabilidad por la custodia de las cosas que deban ser entregadas, los riesgos por el perecimiento fortuito, etc.

En ese período intermedio, no calificable de mora, ¿se produce alguna modificación en las respectivas situaciones de las partes antes del vencimiento de las obligaciones o simplemente se prolonga esa situación de recíprocos deudores de obligaciones aún no exigibles?

El deudor incurso en mora queda sujeto a una agravación de su responsabilidad normal, como lo demuestra su responsabilidad por los casos fortuitos expresamente sancionada en nuestro Código (art. 1.096, ap. 3), por lo que al excluirse la situación de mora durante el tiempo en que produzca sus efectos la excepción, deberá excluirse congruentemente esa agravación de la responsabilidad.

[...]

Creemos más adecuado a la naturaleza de las obligaciones que nacen equilibradas en el contrato bilateral, mantener la misma situación en que se encontraban las partes llegado el momento del cumplimiento simultáneo, no cumplido por ninguna. En realidad el que una de las partes se adelante indebidamente a reclamar motivando la fundada alegación de la excepción por el demandado, no varía en su favor la situación de cumplimiento diferido en que se encuentra.

Conforme a este principio de mantenimiento de la misma situación contractual anterior el vencimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas, creemos deberán resolverse los problemas que puedan surgir, además de los indicados del perecimiento fortuito y deber de diligencia en la custodia (por ejemplo, gastos hechos en la conservación de la cosa, producción de frutos).»

⁴³ ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, pp. 572 y ss.

9. La exceptio non adimpleti contractus y la letra de cambio

¿Es compatible la exceptio comentada con la emisión de cambiales para el pago de la prestación contractual?

En primer lugar habría que distinguir si la relación es entre librador y librado o ha habido ulteriores transmisiones cambiarias del efecto.

Si la relación no es sólo ente librador y librado, es claro que la cambial se convierte en un título abstracto, y contra ella no podrá alegar en modo alguno el obligado cambiario las excepciones causales de acuerdo con el artículo 67-6 de la Ley Cambiaria y del Cheque.

Si la relación es entre librador y librado, entiendo que la exceptio podría ser esgrimida. No obstante, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia ha matizado tal admisibilidad en el sentido de que el incumplimiento parcial no cabe oponerlo al acreedor cambiario, aunque fuera la relación entre librador y librado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1994⁴⁴ señala:

«La excepción de contrato no cumplido “exceptio non adimpleti contractus”, que, en los contratos sinalagmáticos, puede oponerse una de las partes contratantes frente a la otra, que le exige el cumplimiento de la obligación contractual, invocando que la parte reclamante tampoco ha cumplido con su propia obligación contractual (No formulada en el CCiv. con carácter general aunque se hacen aplicaciones concretas respecto a la venta, en los artículos 1.466, 1.500 y 1.505, a la permuta, en el artículo 1.539, a restitución procedente por causa de nulidad o anulabilidad del contrato, en el artículo 1.308, y a la rescisión, en el artículo 1.295; pudiendo inducirse de los artículos 1.124 y 1.100 apartado último; y habiéndose reconocido por una constante y reiterada doctrina jurisprudencial), puede oponerse en el juicio ejecutivo instado en base a letras de cambio, al amparo de lo dispuesto en la primera frase del párrafo primero del artículo 67 de la Ley Cambiaria 19/1985, de 16 julio (“El deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él”). Pero, a pesar de incumbirle la carga de la prueba, no logró acreditar el ejecutado ese incumplimiento contractual por parte del ejecutante. Propone como testigos a quienes tienen una clara relación de dependencia laboral respecto del ejecutado, y en cualquier caso el incumplimiento se referiría a la prestación de servicios cuando las letras cumplen la función de pago del precio por la entrega de cosas.»

Y la sentencia de 24 de octubre de 1994⁴⁵ manifiesta:

⁴⁴ Ar. 2.157. En idéntico sentido las sentencias de 27 de octubre de 1994, Ar. 2.410 y 24 de noviembre de 1994, Ar. 2.036 .

⁴⁵ Ar. 2.411.

«La razón del rechazo de tal excepción se encuentra en que la valoración de si ha existido o no cumplimiento defectuoso, parcial o tardío exige un complejo análisis de las relaciones “inter partes” y con un entramado de pruebas que exceden de los estrechos márgenes de un juicio sumario como el ejecutivo, por lo que debe reservarse su examen para el juicio declarativo. Ello no ocurre, y por lo tanto la excepción se admite, cuando se trata de un incumplimiento absoluto y total o falta de cumplimiento (“exceptio non adimpleti contractus”) o cuando el defecto alegado de la prestación sea de tal entidad que haga inservible la cosa para su fin o destino económico, frustrando así la función económica y jurídica del contrato y las expectativas del otro contratante, lo que entonces equivale a un incumplimiento total y propio.»

La sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 15 de abril de 1993⁴⁶, señala que tal excepción puede oponerse en juicio ejecutivo al amparo del artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985 cuando el juicio se dilucida entre librador y librado; pero continúa diciendo que un incumplimiento accesorio e impropio, que es constitutivo de la exceptio non rite adimpleti contractus, en ningún caso tiene la virtualidad de hacer ineficaz la acción ejecutiva esgrimida, citando las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1970, 10 de diciembre de 1982, 10 de diciembre de 1983 y 15 de septiembre de 1983.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 27 de julio de 1993⁴⁷, indica que:

«Tal y como ya tiene declarado esta Sección (S. 11-3-1991 que cita la de 1-10-1980 de la AP de Murcia, entre otras), la excepción de pluspetición no tiene en el juicio ejecutivo basado en letra de cambio, más que dos posibilidades de aplicación, relativa una a los gastos ejecutoriados del protesto, cuando la letra de cambio contiene la cláusula «sin gastos»; y la otra el supuesto del pago parcial de la letra, que no ha sido tenido en cuenta al interponer la demanda ejecutiva por la que vuelve a reclamarse un pago ya hecho; todos los demás casos de deudas pendientes, etc., podrán dar lugar a otras excepciones, pero nunca podrán alegarse al amparo de la pluspetición. Debe desestimarse la excepción, cuando frente al impago de diversas letras de cambio se aduce el saldo resultante tras diversos pagos efectuados por la demandada en distintas operaciones mercantiles habidas entre las partes, pues esta complejidad desborda el contenido del juicio ejecutivo, so pena de convertirlo en un plenario, lo que no es posible dada su naturaleza sumaria, cabiendo decir, en el caso presente, y para mayor abundamiento que tal y como se hace constar en la sentencia de instancia, los pagos son posteriores al nacimiento de la deuda que dio origen a las cambiales, y que por lo expuesto no puede así por las buenas imputarse a dicha obligación.»

⁴⁶ Ar. Civil 463.

⁴⁷ Ar. Civil 1.643.

La sentencia de 5 de diciembre de 1994 de la Audiencia de Salamanca⁴⁸, manifiesta:

«La anterior doctrina se ha de completar ahora diferenciando a los efectos que nos ocupan entre incumplimiento contractual pleno o incumplimiento propiamente dicho, e incumplimiento parcial o incumplimiento defectuoso o irregular porque, como recuerdan, entre otras, las SS. AP, de Madrid de 13 de julio 1993 y de Granada de 28 septiembre 1993, el criterio uniforme es el de admitir la excepción de falta de provisión de fondos en el primer supuesto, esto es, el incumplimiento total, mientras que no considera admisible en el segundo, entendiéndose que no cabe la excepción cuando consta que el librador de los efectos cumplió sustancialmente lo convenido en el contrato subyacente.»

Como conclusión, la exceptio no es aplicable a la ley cambiaria cuando la relación no es exclusivamente entre librador y librado; y si la relación es entre ambos, sería oponible la exceptio non adimpleti contractus y no la exceptio non rite adimpleti contractus.

No hay que confundir el incumplimiento con determinadas hipótesis que tienen un tratamiento específico, como pueden ser la acción en reclamación de vicios de construcción (ex artículo 1.591 Código civil) y que no dará origen a la oposición, con fundamento, de la excepción comentada.

En las breves páginas precedentes he tratado de dar una visión global, y fundamentalmente jurisprudencial, de una institución que, aunque no recogida en la Ley, tiene una importante operatividad en la praxis jurídica cotidiana.

⁴⁸ Ar. Civil 2.294

TERMINOLOGIA EN BIBLIOTECONOMIA

Juan Iturriaga Elorza

Universidad de Deusto

Cuando el primer califa Omar I¹ decidió el 22 de diciembre del año 640² de la era cristiana la destrucción de la famosa biblioteca de Alejandría, después de haberla ocupado por la fuerza, no cabe duda que todo el mundo de la cultura, presente, pasado y futuro fue sacudido con profundo dolor hasta sus más hondas raíces.

Según la leyenda, el califa, primer jefe musulmán que se atribuyó este título, acostumbrado por su carácter bélico a decisiones rápidas, se propuso el dilema: o bien el contenido de todos estos volúmenes y pergaminos están en el Corán o no. Si están en el Corán, no tienen razón para subsistir, son inútiles, no tienen derecho de existencia. Si no están en el Corán, quiere decir que esas enseñanzas son perniciosas, solamente pueden hacer daño, por tanto tampoco tienen razón de existencia, los libros deben ser eliminados y destruidos. Y sus tropas prendieron fuego a los más preciosos tesoros bibliográficos de la antigüedad³.

¹ Umar Ibn Al-Khattab (c. 586-644 d.C.).

² La fecha está sacada del: *Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano*. T. XIV, Barcelona. Montaner y Simón, 1894, p. 191. Da la abultada cifra de volúmenes en la biblioteca de 700.000.

³ De hecho esta famosa Biblioteca fue destruida ya anteriormente varias veces. Ideada según el modelo de la Biblioteca de Aristóteles, que parece ser la primera en el mundo griego con un sistema organizativo, fue construida y equipada sobre todo por Ptolomeo I Soter (305-283/82 a.C.). Pero en las guerras civiles del s. III a.C. durante el reinado de la misma dinastía ptolomaica fue destruida. Posteriormente según el testimonio de Paulo Orosio (Historiador y apologeta hispanolatino del s. V: *Siete libros de historias contra los paganos*) en tiempos de la ocupación de Egipto por César volvió a ser destruida con una gran pérdida para la cultura de la humanidad.

Merece la pena reproducir las palabras de Orosio, que visitó Alejandría en el año 416 de la era cristiana, por el patetismo cultural que revelan:

Aunque parezca extraño y paradójico, en el mundo actual, la anécdota, con ligeras diferencias irrelevantes, se vuelve a repetir en muchas de nuestras bibliotecas, levantadas con gran esfuerzo de hombres, sociedades, gobiernos y en general de todo el mundo de la cultura. La razón ahora no es el fanatismo religioso y la obcecación de un líder de la guerra, sino un detalle al parecer insignificante y muchas veces ignorado: la simple diferencia de terminología.

Desgraciadamente es demasiado frecuente el caso del lector que se acerca a una biblioteca o a sus ficheros con una inquietud cultural, una pregunta, una consulta. Por causa de la diferencia de terminología todo ese complejo de cultura recogido en la biblioteca pierde su sentido, su razón de ser y poco importa que fueran todos los volúmenes quemados.

El cliente de la biblioteca se pregunta como el califa Omar I, ¿lo que yo busco está aquí? ¿Puedo encontrar volúmenes que respondan a mi pregunta cultural? Si no los hay, todos esos libros con el esfuerzo que ha significado durante generaciones, no tienen razón de existir para ese hombre, se podrían muy bien quemar, sin que ni siquiera parpadease de dolor cultural. Y si en los volúmenes de la biblioteca existe la respuesta a mi inquietud, a mi pregunta, pero por razón de la terminología, están fuera de mi alcance, no puedo saber ni cuáles son ni dónde están, ni cómo conseguirlos, igualmente pierden su razón de existir para este hombre. No temblará un ápice cuando lea en los periódicos que ha sido quemada la biblioteca. En resumen:

1. Si la respuesta a mi consulta no existe en la biblioteca, ésta no tiene para mí razón de existir, no me importa que desaparezca.

Describe en primer lugar al rey Achillas, partidario del difunto Pompeyo. Cuando César le manda el desarme de su ejército, no le hizo caso. Incluso mandó quemar la armada real propia:

«Como con este fuego el incendio penetrase en la misma ciudad, quemó 40.000 volúmenes, que quizá estaban en los próximos edificios, que eran un testimonio singular del estudio y dedicación de los antepasados, *que habían reunido tantas obras y de tal calidad de ilustres sabios, de los cuales cuántos subsistan hoy día en los templos, lo vimos con nuestros propios ojos: todos los estantes vacíos, con lo cual nuestra generación siente aún hoy día esta destrucción*. Bien es verdad, que posteriormente se ha tratado de recoger otros libros, pero nunca llegarán a la calidad de aquella biblioteca con 40.000 volúmenes» (Libro VI, 15). La traducción y el subrayado es nuestro. Lo hemos tomado del ejemplar, OROSIUS, Paulus: *Aduersus paganos historiarum libri septem*. Coloniae, apud Maternum Cholinum, 1561, hn. cclxiiij (263) v. Biblioteca de la Universidad de Deusto. Signatura topográfica: 931 Or 6 P, cruzada con una línea verde.

Otra tradición habla de 200.000 volúmenes con los que se había enriquecido la biblioteca, que fueron regalo de Antonio a Cleopatra, traídos de la biblioteca de Pérgamo. Véase la palabra Alejandría en: ERRANDONEA, IGNACIO S.J.: *Diccionario del Mundo clásico*. 2 vols. Barcelona, Editorial Labor, 1954.

2. Si está pero por razones de diferentes lenguajes o terminologías, no puedo encontrar respuesta a mi pregunta cultural, tampoco veo mucho sentido en la persistencia y razón de ser de la biblioteca.

El hecho de que sea quemada bárbaramente o simplemente abandonada al polvo de los siglos no tiene importancia. La biblioteca ha perdido su razón de existir. El califa y yo estamos de acuerdo.

Situación del problema

De manos del enérgico califa hemos llegado a nuestro problema. Entre la biblioteca, los bibliotecarios profesionales y los usuarios o clientes existe en terminología un abismo, que en un tanto por ciento muy elevado resulta insalvable y es causa de que excelentes bibliotecas estén patentemente utilizadas muy por debajo de su valor⁴. La terminología de la biblioteca no tiene nada que ver con el lenguaje o terminología del eventual lector.

1. El desfase *puede* existir. La biblioteconomía es una ciencia, con sus términos específicos, su significado concreto de las palabras, que puede muy bien escapar a los no-iniciados. ¿Quién entre las personas incluso cultas puede saber la diferencia exacta entre las palabras «tomo» y «volumen», tan frecuentes en las descripciones bibliográficas? En las páginas 328 y 329 de las reglas de catalogación publicadas por el Ministerio de Cultura español⁵ se dice:

«*Tomo*.—Parte importante de una obra que tiene su propia portada y que, por lo común, tiene paginación independiente».

«*Volumen*.—Es la obra, parte de ella o conjunto de obras comprendidas en una sola encuadernación.»

Dudo mucho que aún una persona culta pueda distinguir este doble matiz de las dos palabras o términos, que son muy comunes en la descripción bibliográfica.

⁴ Toda biblioteca es deficitaria en este sentido, porque el número de consultas y la calidad de las mismas nunca podrá corresponder al trabajo especializado, gasto económico y valor cultural que supone una biblioteca. Desgraciadamente es un hecho que hay que aceptarlo como consumado. Lo mismo se podría decir de los museos y otras reservas de cultura de la humanidad.

⁵ *Reglas de catalogación: I. Monografías y Publicaciones Seriadas*. Madrid, Ministerio de Cultura, Dirección General de Libro y Bibliotecas, 1988. En sus debidos lugares indicaremos las diferencias de la edición citada, con la última que conocemos con fecha de publicación de 1995.

2. *De hecho* esta diferencia de terminología entre cliente y biblioteca existe. Muy pocos de habla hispana, si es que hay alguno, empleará el término «Hagiografía» para designar los libros referentes a personas sobresalientes por su vida religiosa. Generalmente se hablará de «Vidas de Santos», o simplemente se pedirá la «Vida de San Francisco de Asís» o de Teresa de Calcuta. Es un hecho, que siendo un modesto ejemplo, ilustra la enorme diferencia en terminología entre el modo de hablar profesional de la biblioteca y el lenguaje habitual del lector.

3. *Testimonio de los especialistas*. Michel Mélot, Vicepresidente del Consejo Superior de las Bibliotecas de Francia, en su ponencia en la Jornada sobre OPACs⁶ (Catálogo de acceso público On line), hablando del Centro Pompidou⁷, aseguró que la mayoría de las consultas eran a partir de los siguientes elementos:

- i. nombre y apellidos del autor,
- ii. título de la obra,
- iii. materia⁸.

4. *La búsqueda de información a partir del nombre del autor de un libro o artículo*. A simple vista parece que este tipo de búsqueda no puede tener mayores dificultades, pero la práctica nos da otros datos. No solamente tratándose de gente con pocos conocimientos en la materia o de lenguas, sino incluso para usuarios cultos.

Un alumno de la Universidad de Deusto se me quejó que en la Biblioteca de Teología de la misma Universidad no teníamos ni un solo libro del conocido teólogo alemán KUNG. Efectivamente en el fichero de autores no aparecía ese nombre.

El Bibliotecario ha procedido de la siguiente manera:

- a) En la página 175 de las reglas de catalogación oficiales citadas, se dice que el elemento inicial es el apellido⁹.

⁶ Barcelona, 25 de noviembre de 1991.

⁷ Bibliothèque Publique d'Information. Centre Pompidou. 19, rue Beaubourg. 75197 París.

⁸ Casi con las mismas palabras la afirmación de Michel Mélot encontró eco en la ponencia pronunciada en el III Simposio Iberoamericano de Terminología (Riterm 1992, que se desarrolló con ocasión del Quinto Centenario del Descubrimiento de América, 1-5 de diciembre de 1992) por Yolanda Ríos del CSIC, la de Josefina Ballester (Servei de Bibliothèques. Generalitat de Catalunya) y la de José Miguel Marqués, Centro de Cálculo de la Universidad Complutense.

⁹ En la edición refundida y revisada de 1995 dice en la p. 373: «... el asiento principal irá bajo el nombre de dicha persona o entidad.» Añade el deplorable ejemplo: «*La comunicación humana* / José Luis L. Aranguren. Asiento principal encabezado por Aranguren.» Todo hombre medianamente culto (como lo ratifica el encabezamiento en el Espasa) sabe que no es éste el nombre preciso del autor citado, sino: José Luis López Aranguren.

- b) En la página 5 de la misma normativa se dice que ese elemento se transcribe «en la lengua y escritura en que aparecen en la obra¹⁰.»
- c) Ahora bien, KUNG en alemán se escribe: KÜNG. Nuestras máquinas de escribir no tienen esta posibilidad de la diéresis sobre la U mayúscula, por tanto hay que recurrir al desdoblamiento: Ü = UE. Al escribir el encabezamiento KUENG, todas las fichas de este autor quedaban desplazadas y fuera del lugar que esperaba el usuario.

Otro ejemplo ilustrativo, es la del alumno que viene preguntando por las obras del jesuita P. Coloma. Puede ser Luis o Gonzalo, ambos jesuitas y escritores. ¿Buscaba el usuario las obras de Luis, el famoso autor de «Pequeñeces» (1891) o a Gonzalo, el profesor y amigo de Ortega y Gasset durante el único año que estudió en la Universidad de Deusto (1897)? En la página 193 de las reglas de catalogación normativas para el bibliotecario, se dice que en los casos de homónimos se señale el año de nacimiento o muerte, para solucionar la duda¹¹. ¿Saldría de sus dudas con este dato, el desapercibido usuario de la biblioteca?

Quizá sea un tanto más rebuscado, pero igualmente ilustrativa la consulta del profesor que no encuentra en el fichero de autores al famoso escritor de liturgia Nesmy. Su nombre auténtico y completo es: JEAN-NESMY, Claude. Pero el investigador supuso que Jean era nombre propio.

Más clamorosa fue la protesta de un alumno, quejándose de que en una Biblioteca de Teología no hubiera ni una sola obra de DESCALZO. El Bibliotecario siguiendo su terminología y normas debe catalogar: MARTIN DESCALZO, José Luis.

Estos casos no son simples equivocaciones, sino falta de comunicación. No está prevista en la terminología propia del bibliotecario profesional,

¹⁰ En la edición de 1995, p. 438, se altera el texto citado de la siguiente manera: «Si el nombre contiene un apellido, éste será el elemento inicial...» Pero a pesar de la corrección el problema que sugerimos en el texto subsiste. En el mismo lugar citado en esta nota se aduce como ejemplo: Mao Tse Tung. Pero ¿de dónde saca el usuario que el nombre de este famoso político se escribe: Tse Tung? ¿La transliteración del chino al castellano está tan fijada como para sustentar con seguridad esa grafía? ¿Qué diríamos si un usuario buscara un término como Tien-sing? El Espasa 61, 890a aduce las siguientes variantes: Tien-Tsin-Fu, Tian-Thsin-Fu y Tien-Tsín (con acento, que luego en el resto del artículo no usa). ¿Qué hacemos con nombres de escritura no latina como el célebre político: Cruchof, Kruschof, etc..., o de los cambios de nombres de los nuevos países y de las poblaciones? En nuestro mismo entorno ¿con qué nos quedamos, País Vasco, Euskalerria, Euskara, Euskara, etc...? La conclusión es que la edición de 1995 mantiene las dificultades terminológicas señaladas en el texto.

¹¹ Las reglas de catalogación del Ministerio de Cultura Español en la edición de 1995, apartado 15.1. 2 B d) 7. p. 448 determinan: «Cuando se conozca, es suficiente con indicar el año de nacimiento, o, en su caso, de nacimiento y muerte.»

resolver con fichas de referencia estos casos, y el usuario queda totalmente desamparado.

5. *La utilización de la biblioteca a través del título.* En primer lugar no es tan fácil retener el título de un libro con exactitud, habiendo tantos similares¹².

Una dificultad especial presentan los títulos llamados «uniformados». Si busco un libro sobre el Cantar del Mío Cid, o simplemente El Mío Cid, o la Epopeya del Mío Cid, no encontraré nada en el fichero de autores o materias. Mayor confusión surgirá si se trata de una traducción en idioma extranjero. En la página 275 de la terminología normativa del bibliotecario, plasmada en las reglas de catalogación citadas y por tanto su terminología habitual para estos libros debe ser: «Poema del Cid». Es ahí donde se acumulan todas las ediciones de esta obra.

6. *La materia como objeto y medio de búsqueda.* En este punto es donde la diferencia entre el usuario y el bibliotecario de oficio es más grande. Por ahora y en tanto llegan mis conocimientos no existe un Thesaurus fijo¹³, al que atenerse y consultar, a no ser que se trate de la Clasificación Decimal Universal (CDU)¹⁴. En la mayoría de los casos depende del talante y educación del bibliotecario.

Si unos alumnos se acercan a la Biblioteca de Teología con la pretensión de encontrar bibliografía para un trabajo, que titulan: «Misioneros vascos del s. XVII en América». Al acudir al fichero de materias organizado conforme al CDU¹⁵, nos encontramos con que esta clasificación nos dice:

¹² En una ficha de la Biblioteca de Teología me apuntaron que había un libro moderno de título un tanto extraño: *Las comunidades de base reventan la Iglesia*. Simple error mecanográfico que debiera decir: *Las comunidades de base reinventan la Iglesia*. Desdido terminológico totalmente inducente a error.

¹³ Naturalmente no nos referimos cuando hablamos de un Thesaurus fijo a la *Lista de encabezamientos de materia para las Bibliotecas públicas*. Madrid, Ministerio de Cultura, 1987 2.ª ed. Esta publicación como tantas otras del mismo tipo nacionales y extranjeras no resuelven el problema lexicográfico (ni es su función) de quien busca en la citada publicación obras sobre los «metodistas», «pentecostalistas», una materia de deportes como «padel», «footing», etc..., tan populares y usados en nuestros tiempos. En el *Subject Headings*. 14 ed. Washington D.C., 1991 en el vol. II p. 2.793 nos encontramos con abundantes encabezamientos para los «metodistas» y para los «pentecostalistas» en el vol. III, p. 3.312. Muchas de esas palabras deportivas que hemos mencionado ni siquiera están en el Diccionario de la Real Academia.

¹⁴ CDU. Clasificación decimal universal. Edición abreviada. Madrid, Aenor, Asociación Española de Normalización y Certificación, 1987. La edición que hemos utilizado es la quinta, revisada y actualizada.

¹⁵ En este caso hemos utilizado: Clasificación decimal universal. 2. Religión-Teología. Instrumento para el trabajo intelectual y la documentación bajo todas sus formas: Publicaciones, Bibliotecas, Bibliografías, Enciclopedias, Catálogos y Repertorios. Tablas completas. Edición en español. (Pub. FID 243). Madrid, Instituto Nacional de Racionalización del Trabajo. CSIC, Patronato «Juan de la Cierva» de investigación técnica, 1959. p. 63.

En el epígrafe «Misionero» consigna:

«Jerarquía eclesiástica¹⁶».

Se refiere naturalmente a los predicadores itinerantes que hace unos años con sus clamorosos sermones convertían las poblaciones en un hervidero religioso.

El término correcto de búsqueda sería para el bibliotecario «Misionología» o «Historia de la Iglesia» en el apartado «Historia de las misiones».

El segundo término de la materia buscada tampoco aporta mucha luz: vascos. En el fichero de materias no existe tal término. Puede que aparezca: País Vasco, pero será un término únicamente geográfico. Lo mismo se puede decir del otro término: América, que en realidad significaba para los usuarios EEUU.

Lo que los alumnos universitarios vienen buscando no tiene respuesta en la terminología oficial y normativa de la Biblioteca.

Consecuencias culturales y humanas de la diferencia terminológica

1.^a Es la más grave. Los usuarios se apartan definitivamente de las bibliotecas. «Ahí no se encuentra nada», «No hay manera de entenderse», «Es un auténtico laberinto». Se deja a un lado la investigación a través de la biblioteca. Lo cual lleva consigo que todo el esfuerzo económico, organizativo y humano empleado en la biblioteca es perfectamente inútil. Desde el punto de vista económico resulta una inversión estúpida y sin sentido.

2.^a La terminología de las bibliotecas puede ser ofensiva para los usuarios en cuanto *personas cualificadas*. Aduciré un solo ejemplo: en el año 1990, un teólogo español, conocido y con fama bien merecida, publicó un estudio en el que afirmaba:

«No hay literatura canónica sobre un tema tan reciente.»

Quería decir que el tema tratado por él no había sido tocado en ninguna publicación de ningún autor de relieve. Eso es lo que significaba para él: «literatura canónica».

Tenía razón en cuanto que los términos empleados en el título de su trabajo no se encontraban recogidos en ningún fichero de materias de la biblioteca. Ninguno de ellos.

¹⁶ En la edición del CDU de 1987 ya no aparece la enigmática definición. Ahora nos encontramos desglosados términos como: Misiones, Misiones comerciales, Misiones extranjeras, Misiones no cristianas, Misiones populares. Pero de nuevo esta corrección no quiere decir que no quedan lagunas terminológicas importantes, aún en las últimas ediciones del CDU (1995), en las que en vano buscaremos términos tan usuales y conocidos como «Teología de la liberación».

Sin embargo acudiendo a medios informáticos, a una bibliografía americana en disco compacto, resultaba que:

- i. había 1.665 publicaciones (libros o artículos) sobre la primera palabra del título de su trabajo,
- ii. 40 sobre otro de los términos fundamentales,
- iii. de los términos combinados resultaban 6 publicaciones recientes.

Por lo que toca a los autores de dichas aportaciones, se encontraban teólogos de primera fila.

Esta diferencia de terminología entre el autor especialista y la biblioteca, deja en ridículo la fama y dignidad del teólogo. Porque los medios informáticos han descubierto una gran cantidad de «Literatura canónica» sobre el tema.

Igualmente puede ser ofensiva para las *convicciones políticas* del posible usuario de la Biblioteca.

Michel Mélot, en la docta intervención a que nos hemos referido más arriba, exponía la lucha que se había tenido en la Biblioteca del Centro Pompidou, para establecer un puente de comprensión mutua entre la terminología del bibliotecario y el cliente normal. Usaban en los mismos estantes términos de referencia. Un incidente les vino a revelar lo peligroso de esta medida de corte profesional bibliotecario. En los libros que trataban de Palestina, se decía «Véase Israel». Quiere decir que quien desee conocer algo sobre Palestina, tiene que saber *también* algo sobre Israel. Es una parte del todo. Pero al contrario entre los libros que tratan de Israel poner «Véase Palestina», significa una identificación de los dos términos: Israel = Palestina. Sin duda los palestinos que accedían a la Biblioteca del Centro Pompidou se sentían ofendidos y heridos en sus sentimientos políticos.

Según el *sistema moral* de la persona, puede resultar doloroso ver incluidos los libros que tratan sobre el aborto en el término «eutanasia». Porque para ellos significa una mitigación terminológica de sus convicciones morales.

3.^a Ya hemos señalado en el *estado de la cuestión* suficientes ejemplos de los términos inducentes a error en la terminología bibliotecaria comparada con la del usuario.

En busca de soluciones

Para encontrar un puente entre la terminología del usuario y la del bibliotecario profesional, para evitar este desfase, vamos a apuntar algunas posibles soluciones.

a) Se hacen necesarios en toda biblioteca por modesta que sea, si quiere cumplir su pretensión cultural, continuos sondeos sociológicos, sobre las diferencias terminológicas de usuarios y biblioteca.

b) El bibliotecario profesional, preferentemente en equipo, debe ensayar continuamente métodos de fichas o información referencial, que lleve al usuario rápida y eficazmente al término de su búsqueda.

c) Toda biblioteca debe disponer de personal culturalmente formado y conocedor de la biblioteca, que en trato personal de contacto directo con el público dirija al usuario y le libere de molestas idas y venidas sin sentido.

d) Es urgente la formación por un equipo de especialistas de un thesaurus o amplio diccionario terminológico o listados de materias, y sus correspondientes referencias que sean uniformes para todas las bibliotecas generales o especializadas. No dejar nada o muy poco a la iniciativa particular de cada bibliotecario profesional.

e) La informática puede ofrecer hoy día unos medios insustituibles para establecer este puente tan deseado entre usuario y biblioteca, con tal de que la consulta en los terminales no sea demasiado complicada ni lenta. Pero este moderno medio de consulta requeriría un tratamiento especial del que prescindimos en este trabajo¹⁷.

Conclusiones

1. Es urgente la formación de un equipo, dedicado al estudio de la terminología profesional de las bibliotecas y su sentido en el mundo actual de los posibles usuarios.

2. Este equipo ha de tener como primer objetivo la elaboración de un thesaurus o diccionario completo terminológico, que acabe con la anarquía existente y abra definitivamente las puertas de nuestras solitarias bibliotecas al público en general.

3. Serían convenientes escuelas o cursillos para formar bibliotecarios profesionales, para que de cara al público, ayudasen a los usuarios en sus búsquedas. Este último punto es el más conflictivo, sobre todo teniendo en cuenta la economía, porque el personal es con mucho lo más caro de una biblioteca, más que la adquisición de obras nuevas, gastos de manutención o compra de material.

¹⁷ La utilización de la informática en la biblioteca ha sido un gran avance también por lo que toca a la facilitación de la comunicación terminológica, pero al mismo tiempo, presenta según cada sistema informático, diferentes dificultades (sin tratar de ser exhaustivo), fallos en la corriente eléctrica, tiempo reducido de posibilidad de consulta, esperas forzadas por interesados en consultar los terminales, etc...

Para corroborar esta afirmación acabo con los siguientes datos concretos del presupuesto de la Biblioteca del Centro Pompidou en París:

Gastos de equipamiento:	74 millones de pesetas
Gastos de funcionamiento:	420 millones de pesetas
(De la cifra anterior, sólo documentos):	140 millones de pesetas
Salarios:	600 millones de pesetas.

ASPECTOS SINDICALES DE LA SEGREGACION Y ESCISION DE EMPRESAS

Víctor Fernando Manrique López

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Deusto

En recuerdo del Excmo. Sr. Don Blas Oliet Gil, ejemplo de Juez sabio e infatigable, pionero en sus sentencias de numerosas tesis definitivas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, maestro, padre y amigo inigualable.

Naturaleza jurídica de la segregación de actividades

La cuestión relativa a la separación de actividades prevista en la Ley es aquella que afecta, en un plazo más o menos largo, a las empresas existentes y en funcionamiento que, en un momento determinado, las desarrollan de forma integrada bajo una sola personalidad jurídica.

Resulta también presupuesto básico, diseñado por la Ley, que tal separación ha de realizarse aplicando el régimen jurídico de las *aportaciones de ramas de actividad* previsto en la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, lo que significa, a los efectos que aquí interesan que la rama de actividad desgajada, entendiéndose por tal «el conjunto de elementos que constituyan un unidad económica autónoma» se aportará en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 2 de la Ley 29/1991, esto es:

«Tendrá la consideración de aportación no dineraria de ramas de actividad la operación por la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad la totalidad de una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de valores representativos del capital social de la entidad adquirente.»

La Escisión de Sociedades Anónimas, desde el punto de vista mercantil, se regula en los artículos 252 y ss. del Real Decreto Legislativo 1.564/89, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA). La consecuencia inmediata de la escisión de una o varias ramas de actividad en favor de una Sociedad nueva es la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios so-

ciales a la Sociedad beneficiaria que, de este modo, adquiere por sucesión universal los derechos y obligaciones de la Sociedad preexistente, pues el artículo 254 de la LSA remite al régimen jurídico de la fusión, entendiendo que las referencias a la sociedad absorbente, en la fusión, equivalen a referencias a la Sociedad beneficiaria en la escisión.

Contiene la norma mercantil una norma sobre intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso de fusión/escisión, a través del derecho de información que les otorga el artículo 238 de la LSA y que comparten otros afectados por la fusión, como los accionistas, obligacionistas y titulares de derechos especiales distintos de las acciones. No establece la norma otra referencia expresa a las consecuencias laborales de la fusión/escisión más que la expuesta, que conecta, como se verá, con la normativa laboral sobre la cuestión.

El régimen diseñado, a efectos fiscales y mercantiles, significa que, una vez decida la escisión, la empresa transmitente aportará una rama de su actividad a una empresa nueva, lo que, a efectos laborales, conduce inexorablemente a la figura de la sucesión de empresas, y a los problemas que dicha figura produce tanto en la empresa transmitente, como en la beneficiaria de la rama de actividad.

Debe indicarse, en este sentido, que la sucesión de empresas en su más amplio sentido, ha sido objeto de regulación legal con la finalidad de asegurar que los trabajadores al servicio de las mismas permanezcan en ellas y mantengan las mismas condiciones de trabajo. El artículo 44 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores (ET), y en el mismo sentido el idéntico artículo, en contenido y numeración, del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y que entró en vigor el 1 de mayo de 1995, que tiene su antecedente más inmediato en el artículo 18,2 de la Ley de Relaciones Laborales y más lejano en el artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo, obedece a esa finalidad, refiriéndose «in genere» al cambio de titularidad de la empresa en los siguientes y bien conocidos términos:

«1. El cambio de la titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior. Cuando el cambio tenga lugar por actos inter vivos, el cedente, y en su defecto el cesionario, está obligado a notificar dicho cambio a los representantes legales de los trabajadores de la empresa cedida, respondiendo ambos solidariamente durante tres años de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

2. El cedente y el cesionario responderán también solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuera declarada delito.»

El artículo 64.1. de la LET en su apartado 1.4, como competencia del Comité de Empresa, le atribuye:

«Emitir informe cuando la fusión, absorción o modificación del “status” jurídico de la empresa suponga cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo.»

La Ley General de Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, como su precedente, el Decreto 2.065/74, de 30 de mayo (LGSS), introduce una referencia al cambio de titularidad de la empresa al establecer en su artículo 127.2:

«En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. La misma responsabilidad se establece entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso y no lucrativo.

Reglamentariamente se regulará la expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes.»

Completa el panorama normativo la Directiva del Consejo 77/187/CE, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

Como la figura jurídica sobre la que se reflexiona, aportación de rama de actividad por parte de una empresa que pervive y sigue realizando las actividades no desgajadas, a otra nueva o preexistente, debe tipificarse como de *sucesión de empresa*, a efectos laborales, la aplicación de las normas que hemos transcrito deviene inexorable.

Los Tribunales admiten, con carácter general y en principio, la corrección de estas operaciones; así lo han declarado reputando válida la «posibilidad de que una sociedad se desmembre para dar vida a un nuevo ente, en tanto no se acredite la existencia de daño o de fraude a un tercero» (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo (STCT de 11 de julio de 1974) o «no se trate de burlar los derechos de los trabajadores» (STCT de 26 de septiembre de 1975), bien entendido que como se viene insistiendo, el objeto de la segregación tenga capacidad de ser susceptible de explotación aislada o autónoma, contemplando como supuestos más frecuentes el que tal segregación responda a necesidades de «fraccionamiento territorial» (STCT de 1 de octubre de 1980) o a «una división funcional de la misma» (STCT de 16 de octubre de 1980), pero sin excluir cualquier otra necesidad u objetivo que sea *real*.

En tales casos, la necesidad de la operación, su carácter y naturaleza viene impuesto por una Ley, lo que la hace inexcusable y no susceptible de ser cuestionada.

A tal efecto se hace preciso examinar la situación sindical que se produce en las empresas al tiempo de generarse una sucesión empresarial por sucesión, segregación o agrupación de sociedades.

La escisión y la sucesión empresarial

La escisión de empresas, en la forma al principio expuesta, ha de considerarse con seguridad supuesto de cambio de titularidad sometido a la normativa citada. «El cambio de titularidad» a que se refiere la normativa nacional o «los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión» de que habla el artículo 1.1 de la Directiva, comprenden expresa o tácitamente la escisión. En definitiva, como ha declarado reiteradamente nuestro Tribunal Supremo interpretando el artículo 44 del ET (SS 16/6/83 —A. 3017—; 29/3/85 —A. 1454—; 11/12/85 —A. 6094—; 3/3/87 —A. 1321—; 26/5/87 —A. 3886: 26/1/87 —A. 292—; y 26/1/88 —A. 56—:

«Las normas contenidas en dicho precepto constituyen una firme garantía de la estabilidad del puesto de trabajo, que presupone la concurrencia de dos elementos o requisitos: a) Uno, el subjetivo, representado por la transferencia directa o tracto sucesivo del antiguo empresario al nuevo adquirente, o sea, el cambio de titularidad del negocio o centro de trabajo, que comprende cualquier especie jurídica de transmisión tanto la directa como la indirecta, incluso cuando entre el inicial titular y el posterior se interpone un tercero; b) otro objetivo, consistente en la entrega ejecutiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad empresarial, es decir, la permanencia de ésta como unidad en sus factores técnicos, organizatorio y patrimoniales, unidad socio-económica de producción que configura la identidad del objeto transmitido.»

Resulta también admitido, doctrinal y jurisprudencialmente, que la subrogación alcanza todas las condiciones laborales y de seguridad social que configuran el estatuto laboral de los trabajadores traspasados, y comprende los derechos y deberes en que se articulan tales condiciones, con independencia de su naturaleza, legal o normativa u obligacional, incluidas las denominadas mejoras voluntarias de la Seguridad Social y en tal sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de septiembre de 1987.

Cuando la constitución de una nueva entidad opera, por la vía de la aportación de una unidad productiva dotada de autonomía organizativa propia, sucederá que, donde había *una* empresa aparecerán dos y sucede también que *parte* de los trabajadores de la plantilla de la empresa aportante que existía *antes*, se adscribirán después a la empresa nueva, dándose lugar también a *dos plantillas*. Se está, por ello, en presencia de una serie de situaciones, que, como se indicó antes, son más complejas que las de la transmisión de *una sola empresa* y con signo en principio contrario al de la *fusión*. Dos empresas, y en consecuencia, dos colectivos de trabajadores de origen común que integran ahora dos plantillas, reclamarán su respuesta a diversos interrogantes relativos a la relación laboral en su más amplia consideración, es decir desde el grupo y su representación o acción colectiva en la empresa con sus implicaciones sindicales, al trabajador aislado y en relación con la conservación o pérdida de su status individual. Parece por ello lo más adecuado tratar separadamente los posibles cambios operados en estas cuestiones, distinguiendo los efectos que se producen en cada una de las dos empresas en tales supuestos.

Al margen de las cuestiones mercantiles y fiscales, que no son objeto de análisis en este estudio, tampoco debe abordar el mismo los problemas laborales que podría suscitar el análisis del «modus operandi» de la escisión y aportación de las ramas o ramas de actividad, es decir si la voluntad de los trabajadores tiene relevancia en el proceso de segregación, posible oposición y fuerza de los mismos a las operaciones. Quede constancia, tan sólo, que desde un punto de vista jurídico, los trabajadores y sus representantes, no tienen acción frente a las mismas para oponerse a operaciones de tal naturaleza y que éstas cumplirán frente a los mismos comunicando a los representantes mencionados la fusión (art. 44 del Estatuto de los Trabajadores) y que habrán de realizar informe, con carácter previo a la ejecución de las medidas «cuando la fusión, absorción o modificación del status jurídico de la empresa suponga cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo» (art. 64. 1.4. del Estatuto de los Trabajadores). El artículo 6.1 de la Directiva 77/1987 mencionada obliga al cedente y al cesionario a informar con la suficiente antelación a los representantes de los trabajadores afectados por un traspaso, sobre los siguientes puntos:

- «—Motivo del traspaso.
- Consecuencias jurídicas, económicas y sociales del traspaso para los trabajadores.
- Medidas previstas respecto de los trabajadores.»

El artículo 6.2 añade que si *el cedente o el cesionario prevén la adopción de medidas en relación con sus trabajadores respectivos, estarán*

obligados a consultar, con la suficiente antelación, tales medidas con los representantes de los trabajadores, con el fin de llegar a un acuerdo.

La Directiva se ha aplicado en alguna ocasión por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Véase, en tal sentido, la Sentencia de 8 de junio de 1994.

Los problemas en la empresa aportante

A) El contrato de trabajo

Cuando no hay cambio de titularidad, con la empresa aportante al ser ella quien genera la nueva empresa, en principio no deben producirse alteraciones en el estatuto de su personal que permanece invariable, tanto en su aspecto colectivo como individual. Los trabajadores que después de segregarse la rama de actividad, permanecen al servicio de la empresa aportante, *continúan* rigiendo sus relaciones por el *Convenio Colectivo de empresa que les es propio*; las prescripciones de este Convenio *no se modifican en ningún aspecto*, incluidas aquellas cuyo significado debiera encuadrarse como *sistema complementario de Seguridad Social*; tampoco se modifican la relaciones *individualizadas*, bien por mejorar con condiciones *más beneficiosas* las generales o colectivas de Convenio, bien por tener concertado el contrato de trabajo como relación laboral especial o venir ésta sometida a contrataciones reguladas de manera diferente a la normal u ordinaria —por ejemplo, contrato en prácticas y para la formación, a tiempo parcial, fomento de empleo, etc.—, debiendo también respetarse las ofertas de empleo. El criterio, pues, en este aspecto concreto de regulación de relaciones laborales es, como se dejó dicho, que *todo sigue igual*.

B) Los trasvases de trabajadores

Sin embargo, la cuestión relativa a *necesidades de personal es vidriosa*, pues que si en un principio el desdoblamiento de la plantilla y la adscripción del personal de la empresa aportante a la nueva debe realizarse y puede imponerse por razones *funcionales objetivas* de pertenencia a la unidad productiva autónoma que se transfiere con todos sus elementos y recursos, incluidos los humanos, operando a estos efectos el artículo 44,1 del ET, sin embargo, concluidas las operaciones de creación y puesta en funcionamiento de la nueva empresa, los flujos o trasvases de personal de una a otra empresa *no encuentran una justificación legal directa* que los ampare y haga subsistir en el tiempo, por lo que si se conciertan pac-

tos o se dan especiales garantías por la empresa aportante a sus trabajadores, deben de ser muy cuidadosamente elaborados los documentos que las contengan para evitar que la figura del grupo aparezca con sus inevitables e imprevisibles consecuencias, dado que el casi total silencio del Derecho positivo es en cada caso suplido por decisiones judiciales. Está claro que el reajuste de personal puede exigir el consumo de un tiempo razonable en realizarlo, al ser imposible que tenga lugar en un solo instante, con relación a todo el personal afectado. Pero no es menos evidente que su aplazamiento indefinido o por período superior al indicado como razonable generará dificultades.

Recuérdese que por *prescripción legal* contenida en el artículo 44 del ET, ambas empresas responden, en *cualquier caso* solidariamente «durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con *anterioridad* a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas», y que también responden con igual solidaridad de las *posteriores* «cuando la cesión fuese declarada delito».

C) *Las prestaciones a cargo del trabajador*

Otra cuestión es la del respeto a las condiciones de trabajo en el aspecto *funcional* o de prestación de servicios del trabajador. La aportación de la unidad autónoma a la constitución de un nuevo ente, si bien no altera las posibilidades de movilidad funcional a que se refiere el artículo 39 del ET y de movilidad de condiciones de trabajo previstas en el artículo 41 del ET, en el personal de la empresa aportante, los cambios han de promoverse en el seno de las actuales posibilidades legales, a riesgo de dar lugar, en otro caso, a una declaración de modificación injustificada.

D) *El órgano de representación del conjunto de trabajadores*

La empresa aportante puede tener Comités de empresa y delegados de personal, elegidos en ella con anterioridad a la segregación, como órganos de representación colectiva colegiada de sus trabajadores que en ese momento estaban a su servicio. Lo que ahora sucede al segregarse una rama de actividad en favor de otra empresa independiente es un descenso del número total de centros de trabajo, de sus trabajadores y electores, a los efectos del procedimiento electoral correspondiente, alteraciones que puede producirse por muchas causas, y ésta, el aludido trasvase de trabajadores, es una de ellas, sin tener anudado un determinado efecto especial por el ordenamiento jurídico, ni en consecuencia al mismo producirse un cambio en la composición de los Comités, o ser causa necesaria de su extinción. Los Comités y Delegados subsisten en la

empresa matriz y se mantienen en ella *vivos*, conservando el ejercicio de todas sus competencias y funciones dentro del marco de esa empresa.

También dispone la empresa aportante, al amparo de su Convenio Colectivo y de la legislación general, de secciones sindicales, constituidas por los Sindicatos legalmente constituidos. Tal importante variación del número de electores sobrevenida con posterioridad a su constitución, y la existencia de Secciones Sindicales exige precisar o enumerar, entre otras y como más importantes, las siguientes puntualizaciones:

a) *La adecuación de la representatividad en relación con el cambio de plantilla operado.* De ordinario la empresa aportante mantendrá sus centros de trabajo incólumes, sin perjuicio de transferir trabajadores concretos de los mismos a la nueva empresa que, a su vez desarrollará su organización territorial y funcional. Parece seguro, sin embargo, que la empresa aportante reducirá su plantilla, en beneficio de la nueva empresa y que tal disminución afectará a centros de trabajo ya existentes y que disponen de su organización representativa. El artículo 67.1 del Estatuto de los Trabajadores, dispone a tal efecto:

«Podrán promoverse elecciones parciales por dimisiones, revocaciones o ajustes de la representación por incremento de plantilla. Los Convenios Colectivos podrán prever lo necesario para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas. En su defecto dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.»

Añade el artículo 13.2 del RD 1.844/1994, de 9 de septiembre, sobre elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa (RDE):

«En caso de disminución de plantilla se estará a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 67.1 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo expresar en la comunicación que habrá de dirigirse a la oficina pública la fecha de publicación en el “Boletín Oficial” que corresponda del Convenio Colectivo, o bien mediante la remisión del propio Convenio, o mediante su original o copia compulsada del acuerdo suscrito entre el empresario y los representantes de los trabajadores, debiéndose guardar la debida proporcionalidad por colegios electorales y por candidaturas y candidatos electos.»

Consecuentemente, y en ausencia de previsiones en el convenio colectivo de la empresa aportante, tan sólo por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores podrán acomodarse los órganos representativos a la nueva situación de la plantilla, y, en caso de falta de acuerdo, permanecerán las cosas como están en el momento de la segregación. La doctrina así lo había entendido, ante la falta de previsión legal

expresa hasta la modificación del artículo 67.1 del Estatuto de los Trabajadores por Ley 11/1994, de 19 de mayo, sin que la modificación introducida por la norma permita alterar tal conclusión en el supuesto de falta de acuerdo. En definitiva, la disminución dicha no debe alterarla *composición numérica del Comité* de Empresa. Este criterio fue consagrado por el TCT que en SS de 13 de junio de 1985 y 3 de octubre del mismo año declara «que la proporción entre el número de representantes y el censo de trabajadores no está referida a la dimensión de la plantilla en cualquier momento, sino a la de la fecha en la que se inició el proceso electoral».

b) *La posible producción de vacantes*. Las adscripciones de personal de la empresa aportante a la nueva empresa, si recaen en miembros del Comité de Empresa de la misma *son causa de vacante*, ya que la composición numérica del Comité debe mantenerse igual, según hemos visto, pese a la disminución de la plantilla. Estas vacantes deben cubrirse por alguno de los medios legales previstos con tal finalidad, es decir, de acuerdo con el apartado final artículo 67.4 del ET:

«En el caso de producirse vacante por cualquier causa en los Comités de Empresa o de centros de trabajo, aquélla se cubrirá automáticamente por el trabajador siguiente en la lista a la que pertenezca el sustituido. Cuando la vacante se refiera a los delegados de personal se cubrirá automáticamente por el trabajador que hubiera obtenido en la votación un número de votos inmediatamente inferior al último de los elegidos. El sustituto lo será por el tiempo que reste del mandato.»

El artículo 14 del RD 1.844/1994, de 9 de septiembre, aclara que las comunicaciones a la oficina pública a que se refiere el artículo 67.5 del ET (en los casos de extinciones de mandato, entre otros) se harán en plazo de 10 días hábiles desde el cese.

c) *Las elecciones parciales*. Están previstas en el artículo 1, apartado 2 del RD 1.844/1994, de 9 de septiembre:

«Podrán celebrarse elecciones parciales cuando existan vacantes producidas por dimisiones, revocaciones parciales, puestos sin cubrir, fallecimiento o cualquier otra causa, siempre que no hayan podido ser cubiertas por los trámites de sustitución automática previstos en el artículo 67,4 del ET. El mandato de los representantes elegidos se extinguirá en la misma fecha que el de los demás representantes ya existentes.»

Lo que significa que *sólo* en el caso de que las vacantes producidas en el Comité de Empresa aportante no se cubran *automáticamente*, es posible o caben nuevas elecciones, si bien con las limitaciones derivadas de que las mismas son *parciales*, es decir que el proceso electoral hará re-

ferencia al número limitado, menor del total, determinado por las vacantes, así como que el mandato será por *tiempo inferior* al normal de cuatro años a que se refiere el artículo 67,3 del ET, extinguiéndose el mismo coetáneamente con el de los demás representantes ya existentes, pero también significa su posibilidad de prórroga a tenor del precepto de última cita, es decir:

«Hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones.»

La *promoción de elecciones parciales es iniciativa que corresponde a los promotores ordinarios*, es decir a las organizaciones sindicales más representativas, las que cuenten con un mínimo del 10 por 100 de representantes en la Empresa, o los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario —art. 67, 1 del ET— *pero no a la Empresa*, debiendo ésta prestar la colaboración que el ordenamiento le atribuye en elecciones totales ordinarias. De acuerdo con el artículo 67, 5 del ET, previamente a la misma le habrá sido comunicado por el Comité de Empresa *residual* las *sustituciones automáticas* que puedan realizarse y se hayan realizado. De ser necesario celebrar elecciones, le deberá ser también comunicado el *preaviso* correspondiente con expresión de las causas que lo motivan y circunstancias concurrentes.

d) *La representación sindical*. La acción colectiva de los trabajadores en la empresa se puede ejercer por órganos no sindicales, confiarse a órganos sindicales o permitir la coexistencia y paralela acción a los dos sistemas. Las *Secciones Sindicales* son los órganos que reúnen en una empresa al conjunto de sus afiliados, pero no todas las Secciones Sindicales son iguales en orden a las funciones de acción colectiva en la empresa, pudiendo distinguirse entre ellas varios niveles o escalones atendiendo al reconocimiento legal de su representatividad.

En el *primero* de ellos deben encuadrarse a las Secciones sindicales *sin representatividad cualificada*. A ellas se refiere el artículo 8,1 de la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto de Libertad Sindical (LOLS) expresando que:

«1. Los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo:

a) Constituir Secciones sindicales de conformidad con lo establecido en los Estatutos del Sindicato...»

De donde se infiere que es a los afiliados al sindicato y trabajadores de la empresa a quienes corresponde constituir la Sección sindical, sin otro condicionamiento que el de ajustarse a las previsiones estatutarias

del Sindicato. La STCT de 27 de abril de 1988 señala que el legislador ha sido deliberadamente elástico a la hora de permitir la constitución de la Sección, por lo que no caben requisitos o condiciones diferentes a los legalmente previstos, como es la exigencia de acuerdo adoptado por mayoría absoluta de los afiliados. La STCT de 13 de julio de 1988 determina que únicamente el Sindicato puede regular la forma o los trámites de constitución de la Sección sindical. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (SAN) de 26 de abril de 1990 se pronuncia en el sentido de que no cabe negar el derecho a constituir una Sección sindical de empresa con el argumento de que sería coextensa con el campo de acción del propio sindicato, cuando aquella constitución esta prevista en los Estatutos —no impugnados— del Sindicato.

En el *segundo escalón* deben encuadrarse las Secciones sindicales *del Sindicato más representativo o de los que tengan representación en los Comités de Empresa*. A las mismas se refiere el artículo 8,2 de la LOLS:

«2. Sin perjuicio de lo que se establezca mediante convenio colectivo, las Secciones Sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los Comités de Empresa y en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas, o cuenten con delegados de personal, tendrán los siguientes derechos:»

Finalmente en el *tercer escalón*, el más importante, se encuentran aquellas Secciones Sindicales que, reuniendo determinadas condiciones, cuentan con la posibilidad de *poder estar representadas por Delegados Sindicales*. A estos últimos se refiere el artículo 10 de la LOLS, y en el supuesto de que no formen parte del Comité de Empresa, se les reconoce las mismas garantías que a los miembros de tal Comité y los derechos que con el carácter de mínimos relaciona el precepto.

De acuerdo con lo que se acaba de exponer en relación con las Secciones Sindicales, y aplicando *mutatis mutandis* los argumentos utilizados en favor de la subsistencia íntegra del Comité de Empresa, puede sostenerse que las Secciones Sindicales —y en su caso Delegados Sindicales— existentes en la empresa aportante en el momento de producirse la segregación constituyente de la nueva empresa pueden mantenerse y según cual sea el escalón de encuadramiento, ejercitar o no su mandato representativo y legitimaciones negociadoras así como exigir de la Empresa las ventajas o prerrogativas que ya antes poseían, aunque no las hubieran demandado. Las circunstancias de plantilla existentes en las elecciones sindicales de las que surgió la representación unitaria constituyen la referencia más segura a la hora de aplicar el título IV de la LOLS.

Los problemas en la nueva empresa

A) *El contrato de trabajo de los trabajadores transferidos*

Contrariamente a lo que sucedía en el caso anterior, la empresa beneficiaria de la escisión se generará normalmente *ex novo* como Sociedad independiente, siéndoles de aplicación los artículos 44 del ET, el artículo 1,1 de la Directiva del Consejo 77/187/CE, de 14 de febrero de 1977, y el artículo 127.2 de la Ley General de Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Con arreglo a estos preceptos y a los consignados en la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, la empresa beneficiaria es heredera de la segregada en relación con los contratos de trabajo que esta última mantenía vigentes con sus trabajadores y que por razón de la transmisión son adscritos a la primera, operándose, en consecuencia, por ministerio de la Ley, la subrogación en los derechos y obligaciones laborales del empresario anterior, lo que significa que *el Convenio Colectivo de empresa mantiene su total vigencia en la nueva empresa*, si bien en su redacción aprobada *antes* de la sucesión y exigible en el *momento de ésta*, de forma y manera que a partir de tal instante se produce una separación, virtud a la cual, las variaciones que el pacto colectivo pueda sufrir no se comunican de una a otra plantilla porque lo que se negocie en una empresa sólo a los trabajadores de dicha empresa afectará como unidad autónoma e independiente, sucediendo lo propio con las alteraciones laborales colectivas que sean acordadas. Significa lo anterior que el Convenio Colectivo de la empresa *aportante se aplica en la beneficiaria como convenio propio, no por extensión, y en todas sus cláusulas y prescripciones*, incluida la relativa al *ámbito de vigencia* y su prevista revisión. El Convenio Colectivo, pues, no se extingue por sí mismo como consecuencia de la transmisión y sigue vivo en las dos Empresas, como norma reguladora propia en cada una de ellas.

Naturalmente el mantenimiento de la totalidad de derechos y obligaciones laborales existentes y derivados del Convenio, *incluyen también las mejoras de Seguridad Social* que del mismo se deriven —en tal sentido se ha manifestado la STS de 21 de septiembre de 1987—, y, por supuesto, cada trabajador en su *individualidad* conserva, si las tiene, todas las peculiaridades de su contrato de trabajo, debiendo, como en su lugar se dijo, respetar incluso las ofertas de empleo.

B) *El contrato de trabajo de los nuevos trabajadores*

Los nuevos trabajadores incorporados a la empresa beneficiaria, tras la segregación, no están protegidos por el artículo 44 del Estatuto de los

Trabajadores y por consiguiente es discutible que hayan de regir sus relaciones por el Convenio Colectivo aplicable a los trabajadores transferidos. Ahora bien, aunque la nueva empresa disponga de un Convenio Colectivo de sector, tales nuevos trabajadores tratarán de acogerse al estatuto más favorable generado con la sucesión, aplicable además al grueso de los trabajadores. Es por ello que resulta conveniente definir, desde el punto de vista estratégico, las necesidades y conveniencias de la nueva empresa en orden al estatuto de sus nuevos trabajadores y adoptar las decisiones correspondientes para la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de su plantilla, partiendo de la situación específica de los trabajadores transferidos, cuyo respeto de condiciones laborales es obligado.

Cuando el cambio de titularidad opera por la vía de la escisión, el desdoblamiento empresarial implica la precedente existencia de diferentes estatutos de personal que, en principio, son asumidos por la empresa beneficiaria, cuya convivencia, separación o confusión, con un posible estatuto propio de la empresa beneficiaria es materia objeto de polémica doctrinal. En efecto, dos principios contrapuestos intentan conquistar idéntico espacio; de una parte, el principio de no concurrencia de convenios formulado en el artículo 84 de la LET, según el cual «un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario...»; de otra, el principio de norma más favorable contenido en el artículo 3.3 de la LET para el que «los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual respecto de los conceptos cuantificables».

La doctrina, en general, ha pretendido resolver el problema mediante la aplicación del principio de norma más favorable, al entender existente un conflicto de normas derivado de la unificación en una sola empresa de dos colectivos diferentes que sólo puede encontrar solución mediante la comparación global de las condiciones y la aplicación total de las que resulten más beneficiosas para el trabajador. El argumento utilizado parte de la finalidad perseguida por el artículo 44 de la LET, la protección de los derechos del trabajador frente al nuevo empresario, que no se alcanzaría al entender subsistentes las condiciones existentes en la anterior empresa pese a su posible condición de menos favorables.

El problema se acentúa en los supuestos de fusión por absorción o en los de escisión a favor de empresa beneficiaria existente en los que el régimen jurídico de la empresa absorbente/beneficiaria es superior al de la em-

presa escindida y que en tal caso tiende a imponerse, por la naturaleza de las cosas, sobre el de la empresa subsistente, por cuanto el ámbito de aplicación del convenio principal mantendrá su naturaleza expansiva por vía de lo dispuesto en el artículo 82.3 de la LET, esto es, aplicación temporal y espacial del convenio a todos los trabajadores y empresarios incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia, frente a la naturaleza residual del estatuto de la empresa escindida.

No obstante lo expuesto, la doctrina jurisprudencial se inclina por la separación de regímenes jurídicos, con independencia de su carácter más o menos favorable para los trabajadores traspasados. No existiría, desde tal punto de vista, colisión de convenios colectivos sino coexistencia pacífica entre los mismos y separación diáfana de sus respectivos ámbitos de aplicación. En este sentido, la STCT de 30 de junio de 1983 (A. 6312) estableció:

«No tienen por qué ver alterado el régimen jurídico por el que antes se regían, salvo que por negociación o mejora voluntaria de condiciones deje de regir el anterior sistema... aunque los colectivos de trabajadores de distinta procedencia tengan un tratamiento diverso según el régimen jurídico que les corresponde a cada uno, esto no constituye discriminación sino que es la consecuencia natural de arrastrar condiciones laborales no idénticas, lo que no puede solucionarse tratando de igualar por abajo y congelando uno de los grupos, ya que como sienta la sentencia del TC de 21 de diciembre de 1982 (A. 81) para romper la discriminación se debe actuar en sentido inverso, lo que en definitiva se tendrá que resolver en distinta negociación colectiva conjunta con los dos grupos afectados...»

En el mismo sentido, la STCT de 15 de enero de 1986 —A. 537— aplica con claridad el principio de no concurrencia de convenios colectivos establecido en el artículo 84 de la LET, al afirmar:

«La regla general del artículo 3.3 ET, invocado erróneamente por el juzgador de instancia, en cuanto determina la aplicación de la norma más favorable en caso de colisión normativa ha de ponerse en relación con la regla específica del citado artículo 84, que prohíbe la afectación de un convenio colectivo durante su vigencia por otro de ámbito distinto, salvo pacto en contrario: circunstancia que no se ha dado en el caso de autos, por tanto, el convenio colectivo de centro negociado en su día por los actores debe subsistir durante el plazo de su vigencia, 1984, respecto a su ámbito propio, sin más modificación que la sustitución del anterior empleador por el nuevo (art. 44 ET) con independencia del convenio posterior negociado por la empresa para los demás centros de trabajo.»

Es significativa, por último, la STCT de 18 de mayo de 1988 —A. 838—, cuando expresa:

«En un supuesto litigioso de contenido conceptual idéntico al presente, la jurisprudencia relativa al recurso especial de suplicación (Sentencia de 7 de mayo de 1987) ha entendido que —consumada la sucesión empresarial prevista en el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores— el nuevo titular sólo adquiere la obligación de respetar, si no se da pacto en contrario, las condiciones generales de empleo de que el nuevo personal integrado venía disfrutando, sin conferir a éste las que son privativas de los contratos existentes entre el empleador subrogado y sus trabajadores propios... la propia regla del artículo 44,1 del texto estatutario autoriza una diferencia de trato en punto al régimen contractual de la plantilla de las empresas absorbente y absorbida, proveyendo de la justificación objetiva y razonable que, al admitir esa diversidad, excluye cualquier posible discriminación.»

La línea jurisprudencial citada se quiebra parcialmente, ante un supuesto de traspaso de un centro de una empresa a otro, en la STS de 18 de diciembre de 1990 (A. 9808), que requiere unas aclaraciones, porque si bien declara, en base al artículo 44 del ET la vigencia del Convenio colectivo de la empresa cedente sobre la cesionaria y, por tanto, ratifica la tesis sustentada del mantenimiento de las condiciones de trabajo preexistentes, y no de las nuevas, dicha conclusión se fundamenta, además, en el artículo 3.3 del ET, aplicación de la norma más favorable, lo que introduce la duda acerca de la posición del Alto Tribunal ante supuesto contrario en el que la condición de Convenio más favorable fuera atribuible al de la empresa cesionaria. Señala el TS:

«Lo que en definitiva se sostiene es que era este Convenio (el Provincial de almacenistas y detallistas de alimentación), y no el Convenio Colectivo Estatal de empresas de distribución y ventas de helados al por mayor; el que debía haber sido aplicado. Pero el motivo no puede ser tampoco acogido... sobre todo, porque, al haberse producido una sucesión de empresas, y dado que la empresa cesionaria se subroga en los derechos y obligaciones de la empresa cedente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, no se puede modificar en perjuicio del trabajador el convenio aplicable. Si el que se venía aplicando por la empresa cedente, Frigo, S.A., era el estatal de empresas de distribución de helados (apartado segundo de los hechos probados), más beneficioso (apartado quinto), éste ha de ser también el aplicable por la empresa cesionaria, Antonio Ponce, S.L., pues otra cosa iría en contra de lo dispuesto en el citado artículo 44 del ET; y también en el artículo 3.3 del mismo texto legal expresivo de que los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, se resolverán mediante la aplicación de los más favorables para el trabajador.»

Con mayor claridad, la STS de 15 de septiembre de 1989 declara la aplicación del convenio colectivo de la empresa cesionaria en base al

principio de no discriminación que se contiene en el artículo 14 de la CE y 17.1 del ET. Mas también debe aclararse que, de acuerdo con los correspondientes antecedentes fácticos, la sucesión empresarial se produjo en 9 de julio de 1984 y que el Convenio cuya aplicación se discute, de la empresa cesionaria, entró en vigor el día 29 de mayo de 1986, con efectos económicos, parece, desde 1 de enero de 1985. Esto es, el Convenio y sus efectos se producen después de la sucesión empresarial. Señala la Sentencia:

«En el desarrollo del motivo cuarto que el recurrente formula para el caso de que el segundo no prospere, sostiene que no cabe modificar ni hacia arriba ni hacia abajo las condiciones laborales de todo tipo —también las salariales— que el trabajador disfrutaba en la empresa cedente, salvo que medie acuerdo individual o colectivo, el cual afirma, no se ha producido en el presente caso. Tesis que es rechazable, dado que el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores dispone que en el caso de cambio de titularidad de la empresa, el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior; texto que debe interpretarse en el sentido de que no cabe que la nueva empresa reduzca o suprima alguno de los conceptos salariales de los trabajadores de la empresa cedente o les rebaje su categoría profesional pero sin que ello suponga que no posea el derecho a percibir las mejoras que la nueva empresa ofrezca a sus trabajadores, pues se produciría, caso contrario, una discriminación prohibida en los artículos 17.1 del Estatuto de los Trabajadores y 14.1 de la Constitución. Por ello, al presente caso le es de aplicación el XIV Convenio Colectivo de la Caja de Ahorros, que en su aspecto económico, entró en vigor el 1 de enero de 1985.»

La Sentencia de 10 de mayo de 1993, del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (A. 230), que entre otras interesantes consideraciones y ante un supuesto de concurrencia de convenios procedente de una sucesión empresarial ha declarado la aplicación del convenio colectivo de la Empresa de procedencia y no de la sucesora, pese a su carácter menos favorable, por cuanto constituía norma vigente que no había de ceder a la existente en la empresa en que los trabajadores se integraron y porque no existe discriminación retributiva por la diferencia de trato procedente del distinto origen, en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en su Sentencia de 6 de marzo de 1987 (recurso de amparo 265/1986) que considera justificada la diferencia de trato en razón al Cuerpo normativo de procedencia, pese a la realización de idénticas funciones. Señala, en tal sentido:

«Y si esa diferenciación por el cuerpo de procedencia es justificable con respecto a la ley, no es posible la tacha discriminatoria de la situación contemplada en que la diversa procedencia de los trabajadores afectados

tiene su plasmación en los diversos regímenes por los que se rigen ambos colectivos... y así concluye la sentencia del Tribunal Constitucional citada en su fundamento jurídico séptimo:

“... como tantas veces ha repetido este Tribunal el principio de igualdad ante la Ley no impone ni puede imponer, en detrimento del de legalidad, que no se aplique a determinadas personas las consecuencias derivadas de la normativa vigente porque tal aplicación no se produce mientras no se produzca respecto de otras personas en la misma situación”.»

La Directiva del Consejo ratifica la posición que, en base a la jurisprudencia, debemos defender, al establecer en su artículo 3.2:

«Después del traspaso en el sentido del apartado 1 del artículo 1.º el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo.

Los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año.»

Desde este punto de vista, *la caducidad* del convenio colectivo de la empresa segregada, sin que previamente se haya negociado el estatuto general de la nueva empresa, de los nuevos y de los antiguos trabajadores, puede provocar la inaplicación de dicho convenio colectivo que sólo subsistirá, en la versión vigente al tiempo de la sucesión, en cuanto configure derechos adquiridos o condiciones más beneficiosas para los trabajadores en cuestión. La STSJ Castilla-La Mancha de 13 de mayo de 1994, ha declarado:

«La ultraactividad de las cláusulas normativas a que se refiere el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, no tiene otra finalidad que evitar el vacío normativo que se produciría si la totalidad del Convenio dejara de aplicarse; ahora bien, tal ultraactividad del contenido normativo no es equivalente a la vigencia propiamente dicha, de suerte que si durante ésta, despliega toda su efectividad el principio de concurrencia a que se refiere el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, no ocurre otro tanto cuando se produce aquella situación de vigencia provisional puesto que entonces no se produce concurrencia entre Convenio Colectivo en vigor; entendiéndose naturalmente por vigencia la definida en el artículo 86.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Dicho lo anterior, debe concluirse que puede sustituirse la aplicación del contenido normativo del Convenio Colectivo provincial que tenía vigencia provisional, por el Convenio Colectivo Nacional para 1993, en cuyo ámbito territorial está incluida la provincia de Cuenca, pues no se trata de eliminar una determinada unidad de contratación inferior sino de aplicar un Convenio Colectivo de ámbito superior a otro de ámbito inferior; cuando en este ámbito de manera evidente y notoria no se produce la negociación que sustituya al Convenio...»

Las anteriores consideraciones, legislación y doctrina judicial nos permite vislumbrar posibles soluciones a analizar si, como parece lógico, las necesidades competitivas de las nuevas empresas requieren unas condiciones laborales más ajustadas a las situaciones de mercado futuras, que pueden lograrse mediante el establecimiento en la nueva empresa de un régimen jurídico menos favorable para los trabajadores que el existente en la empresa de procedencia (el del sector y ámbito en que se encuentren encuadradas), aplicable a los nuevos trabajadores, sin perjuicio del respeto a las condiciones laborales de los trabajadores transferidos o la posible negociación de un pacto colectivo que tenga en cuenta la distinta procedencia y derechos.

Desde el punto de vista estratégico parece preferible la diversidad de convenios colectivos y regímenes jurídicos aplicables a los trabajadores en razón a la empresa de prestación de servicios, que puede permitir a cada una de tales empresas mantener una situación laboral más acorde con las necesidades del sector y mercado competitivo en cada momento.

Lo que resulta evidente es la imposibilidad de pactar, individual o colectivamente, para algunos de los colectivos de trabajadores integrados en una operación de fusión/escisión, condiciones de trabajo regresivas sobre su situación precedente, aun cuando tenga por objeto unificar situaciones. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 30 de noviembre de 1993 (A. 5095), ante un supuesto de sucesión empresarial con pacto de renuncia de determinados derechos, recoge la doctrina judicial existente sobre el particular. Sin perjuicio, desde luego, de la posibilidad de adoptar o pactar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo con fundamento en el reformado artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, siempre que se produzcan los supuestos en el mismo contemplados.

C) *Los trasvases de trabajadores*

Vale todo lo ya dicho para la empresa aportante, en igual epígrafe, incluidas las referencias finales a la *responsabilidad solidaria compartida* entre ambas empresas por obligaciones laborales anteriores o posteriores a la transmisión. Es de este lugar el puntualizar que los flujos justificados de personal de una a otra empresa *obligan* al mismo a tal cambio, sin que los trabajadores pudieran, primero, en su momento y en su conjunto, *oponerse a la creación de la nueva Empresa, ni posteriormente, el grupo de afectados evitar su adscripción a la misma.*

El cambio de empresa por sí mismo, según se dijo, no es causa eficaz para provocar la dimisión indemnizada del trabajador con amparo en el artículo 50 del ET, pero se exceptúa de tal supuesto al personal ligado a

la empresa con la relación laboral de carácter especial de *alta dirección* para el que el RD 1.382/1985, de 1 de agosto, en el artículo 10, prevé en su punto 3:

«3. El alto directivo podrá extinguir el contrato especial de trabajo con derecho a las indemnizaciones pactadas, y en su defecto fijadas en esta norma para el caso de extinción por desistimiento del empresario, fundándose en las causas siguientes:

“... d) La sucesión de Empresa o cambio importante en la titularidad de la misma, que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de su actividad principal siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios”.»

D) *Las prestaciones a cargo del trabajador*

También aquí *hay que reiterar que el respeto a las condiciones de trabajo, sin perjuicio de mantener las facultades empresariales en orden a la movilidad funcional del trabajador —art. 39 del ET—, y sustancial de aquéllas —art. 41 ET—, con los límites y requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores.*

E) *El órgano de representación del conjunto de trabajadores*

Al *retener* la empresa aportante sus Comités de Empresa, no es posible que la empresa beneficiaria cuente con órgano colegiado de representación colectiva, porque ese Comité como tal se queda en la Empresa para la que fue elegido y no es susceptible de fraccionamiento o división. Así las cosas resulta necesario consignar las siguientes observaciones:

a) Situación de los integrantes del Comité de Empresa de la empresa aportante, trasvasados a la nueva. Los miembros de que se compone el Comité son transferibles como trabajadores *ordinarios pero sin continuar investidos de su cargo representativo*, por tratarse de una segregación o sucesión parcial y no total de la Empresa, que no se corresponde con un Centro de trabajo dotado de Comité propio. Por eso al pasar adscritos a la empresa beneficiaria y formar parte de su plantilla, pierden su condición de tales y provocan, según vimos, la aparición de vacantes. Sin embargo, tal cese les permite la *conservación* de determinadas garantías durante el año siguiente a la expiración del mandato, a tenor de lo dispuesto en el artículo 68,c) en relación con el 54 del ET, y a lo establecido en el artículo 5,2 de la Directiva del Consejo 77/187/CEE, para favorecer a los representantes de los trabajadores cuyo mandato expira en razón de la transmisión.

b) La Directiva del Consejo 77/187/CEE, de 14 de febrero de 1977. La misma en cuanto a los mecanismos de representación de los trabajadores en la Empresa, mantiene en general —art. 5,1— la subsistencia del estatuto y función de los representantes dichos «en la medida en que el establecimiento conserve su autonomía» lo que si bien no ofrece duda en su aplicación cuando se transfiere o traspasa toda la Empresa o una unidad dotada de representación independiente, no parece sea posible mantener esos derechos de representación, cuando de acuerdo con la normativa en vigor, «se reúnan las condiciones necesarias para la nueva designación de los representantes de los trabajadores o para la nueva formación de la representación de éstos» —art. 5,1, in fine—.

c) La posibilidad de celebrar en la nueva empresa elecciones. Podrán efectuarse elecciones a Delegados de Personal y miembros del Comité de Empresa, con arreglo a lo prevenido en el artículo 1.1. del RD 1.844/1994, de 9 de septiembre:

«d) A partir de los seis meses de la iniciación de las actividades en un Centro de trabajo, sin perjuicio de que, por haberse así pactado, conforme al artículo 69.2 del Estatuto de los Trabajadores, existiera un límite inferior de antigüedad para los trabajadores elegibles, en cuyo caso éste será el período mínimo a partir del cual procederá la promoción de elecciones.»

En este caso, *las previsiones de elecciones en la nueva empresa* se diferencian de las a celebrar, en su caso, en la empresa segregada porque: 1) Su posibilidad deriva de tratarse de Centros *nuevos* de trabajo, es decir no se originan en la necesidad de cubrir vacantes. 2) Son *totales*, no parciales. 3) La condición de elector y elegible se obtiene o adquiere por la *integración* personal en la nueva empresa con arreglo a las condiciones normales u ordinarias. 4) El *mandato* de los elegidos tendrá la duración normal de cuatro años a que se refiere el artículo 67,3 del ET. 5) El *número* de miembros del Comité de Empresa se determinará con arreglo a la escala que deriva del de trabajadores, con arreglo al artículo 66 del ET. 6) En consecuencia *la representatividad es la adecuada a la fecha en que se inicie el proceso electoral y no en referencia con otras cronologías.*

La *iniciativa* de celebrar estas elecciones totales corresponde a los *promotores ordinarios*, al igual que se dijo de las parciales en la empresa aportante, siendo *preceptivo el preaviso* en los términos ya conocidos.

d) La representación sindical. También aquí sirven las concreciones hechas sobre igual tema en el epígrafe correspondiente, si bien teniendo siempre presente que al tratarse de un nuevo Centro de trabajo, *todo está por hacer* en el mismo y muy especialmente la entronización legal de los Sindicatos, es decir *la adquisición por éstos de representatividad específica en sus diferentes grados* que les permitirá el ejercicio de la acción

sindical en la empresa de diferentes formas, fundamentalmente a través de las Secciones Sindicales dotadas o no de competencias y legitimaciones si proceden y, en su caso, por los Delegados de igual naturaleza sindical. Y todo ello con aplicación de los criterios adoptados por la LOLS para averiguar el nivel de mayor representatividad sindical que confiere «una singular posición jurídica, tanto de participación institucional como de acción sindical» —art. 6,1 LOLS—, apareciendo así los *sindicatos más representativos* a nivel *estatal* —art. 6,2,a) de la LOLS— o de *Comunidad Autónoma* —art. 7 de la LOLS—, en los que se emparejan los resultados electorales de los órganos de representación de los trabajadores en las empresas, con los de su calificación sindical a efectos de otorgarles esa calificación en niveles sin olvidar las posibilidades de conseguir esa calificación por *irradiación* —arts. 6,2,b) y 7,1,b) de la LOLS—, y la representación cualificada de nivel *intermedio* por ser en un ámbito menor al nacional o comunitario —art. 7,2 de la LOLS—, bien en la empresa o en las Administraciones Públicas —arts. 8,2 y 10 de la LOLS—.

F) *Las negociaciones entre la nueva empresa y sus trabajadores*

Como se vio antes, la acción colectiva en la empresa se puede ejercer por órganos *no* sindicales, pudiendo en principio participar en ella *todos* los trabajadores directamente o a través de órganos unitarios de representación, con independencia de su situación sindical, o confiarse a *órganos sindicales* pudiendo también coexistir indistintamente los dos sistemas.

La negociación individual es decir los pactos directos de un solo trabajador con la empresa, se reconocen expresamente en el artículo 3,1,c) del ET, siendo fuente de la relación laboral. Por consiguiente la empresa segregada puede concertar acuerdos válidos con cada uno de sus trabajadores si su objeto es lícito y no estipula condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y Convenios Colectivos.

Los trabajadores congregados en su totalidad o en grupos menores, generalmente por categorías, tienen capacidad para tratar y negociar con la empresa directamente o para decidir determinadas cuestiones que les conciernen. Las *asambleas* a las que se refieren, entre otros los artículos 4, 67, 4 y 77 a 81 del ET, son manifestaciones del derecho de *reunión*. El que la *asamblea establezca canales o mandatos de representación distintos a los legales, cuestión* muy discutida en la doctrina, ha sido resuelto por la jurisprudencia, primero con mano abierta —STCT de 28 de marzo de 1978—, y después con criterio muy restrictivo —STCT 14 de septiembre de 1979—. Las negociaciones colectivas directas entre los trabajadores reunidos y la empresa, si bien no están prohibidas, carecen de regulación legal específica y salvo mandato individual específico de unos a otros trabajadores para así

constituir una Comisión negociadora atípica sujeta a reglas civiles y no laborales, exigen para su eficacia contractual la existencia de *unanimidad*, entendida ésta por la aceptación o consentimiento individual de *todos* los trabajadores, o de *parte* o grupo de ellos inferior, bien entendido que sólo los aceptantes quedarían vinculados al acuerdo, pero con la opción para los no conformes de *adherirse o colgarse* del acuerdo de que se trate.

Los órganos legalmente previstos de *representación colectiva y unitaria* de los trabajadores, sin perjuicio de otras formas que pueden construirse, fundamentalmente a través de la negociación colectiva, encarnan y administran el derecho de *participación*. Tales órganos, de conocimiento general, son los Delegados de Personal y los Comités de Empresa, pudiendo constituirse estos últimos en cada centro de trabajo cuyo censo sea de cincuenta o más trabajadores —arts. 61 a 63 del ET—. Entre las múltiples competencias del Comité de Empresa —por ejemplo las del artículo 64 del ET—, figuran la de estar *legitimados* para negociar los convenios colectivos de empresa o ámbito inferior —art. 87.1 del ET—, *aceptar* la modificación de condiciones sustanciales de trabajo —art. 41 ET— o *intervenir y negociar* extinciones de relaciones laborales fundadas en causas económicas o en motivos tecnológicos —art. 51 del ET en relación con el RD 696/1980, de 14 de abril—. Las *negociaciones* pueden dar lugar a pactos *típicos*, por ejemplo los convenios colectivos, o atípicos con muy diversas manifestaciones.

Los órganos de *representación sindical* en la empresa son las *Secciones Sindicales* y, en su caso, los *Delegados Sindicales*, que ya fueron objeto de trato singular en el epígrafe d) precedente. Su régimen jurídico de competencias enlaza la LOLS y el ET, estando legitimadas las representaciones sindicales «*si las hubiere*» para negociar en los convenios de empresa o ámbito inferior, bien entendido que si tales convenios afectan «a la totalidad de los trabajadores de la empresa será necesario que tales representaciones sindicales, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del Comité» —art. 87,1 del ET—, lo que significa que el Comité debe preceder a estas posibilidades negociadoras, dado que su composición otorgará o no la representación vinculante.

Como se advierte de lo que se lleva dicho, si bien la nueva empresa desde su constitución y nacimiento como persona jurídica independiente contará con Organos de representación que le permiten adquirir obligaciones de cualquier naturaleza, los trabajadores a su servicio *carecerán* de los Organos de representación colectiva unitaria no sindical y, consiguientemente también de *la sindical*. La empresa es pues un interlocutor válido desde su nacimiento. Los trabajadores aisladamente también lo son, pero reunidos en agrupaciones amorfas sólo sigue operando como eficaz la voluntad y el consentimiento individual por lo que no hay sínte-

sis sino suma de voluntades. El interlocutor válido que represente al colectivo de los trabajadores, se genera por los trabajadores mismos, primero mediante las elecciones de los Organos de representación en la Empresa y después por la representación sindical que, en razón al resultado de esas elecciones puedan instaurarse en aquélla. Pero en este proceso creativo, la Empresa no interviene salvo en facilitar medios o soportar cargas. Consiguientemente la Empresa, no puede adoptar iniciativas determinantes en derecho de la creación de estos interlocutores y si precisa negociar o pactar con eficacia, deberá valerse de los trabajadores mismos. Si éstos, los trabajadores, son quienes pretenden una negociación o pacto con la empresa, deberán demostrar su condición de interlocutores válidos, mediante la adopción de alguna de las fórmulas a las que antes se aludió; en otro caso, la empresa puede rehusar el trato.

En cualquier caso, los acuerdos fuera del marco del Título III del Estatuto de los Trabajadores se encuentran también amparados por la Constitución en el artículo 37.1, reiteradamente interpretado por el Tribunal Constitucional que consagra el principio de la fuerza vinculante de los convenios, sin perjuicio de su eficacia erga omnes en la medida en que se articulen estatutariamente o, aunque no se adecúen a los requisitos procedimentales del Estatuto de los Trabajadores, se adopten por los representantes legítimos de los trabajadores (comités de empresa o delegados de personal). Así lo ha declarado, entre otras muchas, la STSJ Galicia de 3 de marzo de 1994.

Los pactos previos o posteriores a la sucesión empresarial, con objeto de regular determinadas consecuencias de la misma afectantes al estatuto de los trabajadores transferidos o preexistentes, han de reputarse válidos, en la medida en que se adopten por los interlocutores legitimados y se respeten las reglas del ordenamiento jurídico, incluyendo la posibilidad de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo en el marco del nuevo artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. Tales pactos son, por lo demás, habituales y encontramos variadas referencias jurisprudenciales a los mismos.

ASPECTOS JURIDICOS EN LA OBRA DE SENECA

Olga Marlasca

Sumario: 1. Introducción: delimitación del objeto de estudio y razón de ser del mismo. 2. Textos en la obra del autor con referencias jurídicas. 3. Conclusiones finales

1. Introducción: delimitación del objeto de estudio y razón de ser del mismo

Dentro de la amplia literatura a la que ha dado lugar la obra de Séneca, a mi entender, hay un aspecto —el jurídico— que no ha sido tratado con suficiente profundidad y atención por parte de los autores que se han ocupado de su obra¹.

Los estudios —sin duda valiosos y numerosos— en relación con una figura tan universal como la de Séneca, nos han presentado preferentemente y con reiteración la dimensión filosófica².

Asimismo el pensamiento político y social del autor ha sido objeto de algunos trabajos³. También la dimensión pedagógica ha sido objeto de estudio⁴. Mas la obra del autor latino no se agota en las dimensiones

¹ Cfr., entre otros, PRIETO, F.: «El pensamiento político de Séneca». *Ediciones de la Revista de Occidente* (Madrid, 1977). Presenta una amplia bibliografía sobre el autor latino en pp. 367-377.

² Véanse las obras de la nota anterior.

³ Entre otros, PRIETO, F.: *o.c.* y las obras citadas en pp. 367-377. También ELORDUY, E.: «El programa sociopolítico de Séneca (años 62-63)», *Homenaje a Fray Justo Pérez de Urbel*, OSB Silos, 1976.

⁴ Véase, entre otros, GARCÍA GARRIDO, J.L.: «La filosofía de la educación de Lucio Anneo Séneca». *Confederación Española de Cajas de Ahorros* (Madrid, 1969). También, las referencias bibliográficas que presenta sobre aspectos pedagógicos del autor latino.

anteriores, y así lo han entendido algunas juristas —romanistas⁵, civilistas⁶, penalistas⁷, entre otros—, los cuales en sus escritos han destacado determinados aspectos jurídicos en la obra del escritor cordobés.

Al valor permanente de sus ideas jurídicas se refiere Martínez Val cuando dice: «Estoy seguro de que una lectura atenta sobre las obras completas de Séneca alumbraría un rico venero de ideas jurídicas, de valor permanente, al margen de lo que pudo representar o influir, directa o indirectamente, en el ambiente curial o doctrinal de su tiempo»⁸.

Coincidimos con el aserto de D'Ors cuando manifiesta que «aunque no se le cuenta a Séneca entre los jurisconsultos de su época por la mayor importancia de su obra filosófica, tenía, sin embargo, aquella preparación propia de un jurista que le hubiera permitido figurar como tal de no haber llegado a ser otra cosa con mayor excelencia»⁹. Teniendo en cuenta además que la filosofía de entonces, más que filosofía propiamente dicha, era ciencia comprensiva del total conocimiento humano¹⁰.

Al autor objeto del presente estudio, no se le puede citar a la altura de los grandes jurisconsultos de su época —juristas como Próculo, La-beo, Sabino, Caius Longinus, entre otros—, «pero en sus obras se encuentran notables aportaciones que contribuyeron a una espiritualización del Derecho»¹¹.

Y en esta misma línea, podemos decir con Martínez Val que «el peso mayor de Séneca en función del Derecho en general está en su concepción del hombre, que ha de ser cimentación firme de todas las prescripciones jurídicas»¹².

Podría decirse que en la obra de Séneca se pretende una armonización de la moral y otras disciplinas relacionadas con el quehacer de los hombres (política, derecho, pedagogía...). En muchos de sus asertos se pueden ver problemas morales y problemas jurídicos, con contenidos

⁵ HERNÁNDEZ-TEJERO, F.: «El pensamiento jurídico en Séneca», «De Beneficiis». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1968. Vol. XII, pp. 7-52. SANTA CRUZ, J.: «Referencias jurídicas de los escritos de Séneca». *Studi in onore di Giuseppe Grosso*. Vol I (Torino, 1968), pp. 225-230.

⁶ MARTÍNEZ VAL, J.M.: «Los dos Séneca.» Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. *Revista Jurídica General*, n.º 6, 1987, pp. 145-153.

⁷ Por ej., STAMPA BRAUN: «Las ideas penales y criminológicas de L.A. Séneca.» *Publicaciones Facultad de Derecho*. Universidad de Valladolid, 1950.

⁸ MARTÍNEZ VAL, J.M.: *o.c.*, p. 153.

⁹ D'ORS ALVARO: «Séneca ante el Tribunal de la Jurisprudencia». *VIII Semana Española de Filosofía*. Madrid, 1965, p. 105.

¹⁰ STAMPA BRAUN: *o.c.*, p. 13.

¹¹ MARTÍNEZ VAL: *o.c.*, p. 152.

¹² *Ibidem*.

fronterizos y con interrelaciones múltiples. Son problemas morales porque la conciencia sería el máximo referente ético, y son jurídicos porque se pretende que esas decisiones de conciencia tengan consecuencias en el Derecho. Tienen dimensión moral y también jurídica.

Nuestro objetivo en el presente trabajo es indagar en diferentes pasajes de la obra del autor¹³ y poner de relieve las referencias jurídicas más importantes en los diversos campos del derecho que se observan en ellos: en materia de esclavitud, derecho penal, aspectos procesales, humanistas, fidelidad en los compromisos... y otros muchos aspectos jurídicos.

Seguidamente y con base en los aspectos jurídicos entresacados de su obra, en otro apartado exponemos una serie de conclusiones finales.

2. Textos del autor con referencias jurídicas

Administrador

En el tratado De Beneficiis, IV, 27, al final del texto, dice Séneca que «será tenido por mal padre de familia el que encomendare la gestión de su patrimonio a un condenado por mal administrador...». Es razonable pensar en una diligencia conveniente a la hora de elegir a la persona que va a administrar un patrimonio. Se está refiriendo aquí el autor al procurator omnium bonorum, cargo que solía confiarse a los libertos y que se distinguía del procurador nombrado para un asunto concreto (procurator unius rei)¹⁴.

Aequitas

Si cambian las circunstancias, «cualquier alteración me da libertad de revisar mis promesas y me libra de compromiso», no en otros casos, De Beneficiis, IV, 35. Se refiere aquí el autor a algunos supuestos en los que esa alteración se produce con relación a cuando se hizo la promesa. Y sigue más adelante en esta misma línea: «todas las circunstancias deben ser las mismas que fueron cuando hice la promesa para que puedas obligar mi fidelidad —ut promittentis fidem teneas—»¹⁵.

¹³ Fundamentalmente en sus obras De Beneficiis, De Clementia, De Ira, Epístolas y algún pasaje de algunas de sus otras obras.

¹⁴ Véase GARCÍA GARRIDO, M.J.: *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Madrid 1982, vox: procurator, p. 282.

¹⁵ De Beneficiis, 4, 35. En términos parecidos se expresa en De Beneficiis, 4, 34, cuando dice que «el sabio no cambia de opinión mientras las cosas siguen en el mismo estado que tenían cuando las tomó».

Podemos destacar la importancia de los pasajes citados en relación con la *aequitas* en el Derecho romano y el desarrollo de las restituciones *in integrum*¹⁶.

En otro texto, *De Beneficiis* IV, 39, alude de nuevo al posible cambio de circunstancias que se pueden producir en determinados supuestos: entre otros, el que sale fiador por una deuda de otro; pero no todo tipo de deudas —como la deuda consistente en un *incertum* o la deuda ante el fisco—.

Se ha de dar en estos casos —según el autor—, una tácita restricción: «si puedo, si debo, si no cambian las circunstancias».

Al final del texto¹⁷, en esta misma idea del posible cambio de circunstancias, se va a referir a otro supuesto concreto: «prometemos la comparecencia en juicio..., una fuerza mayor excusa al no compareciente».

Algunos textos del jurista Ulpiano, transmitidos a través del *Digesto*, coinciden con lo que acabamos de exponer acerca del cambio de circunstancias.

Este cambio de circunstancias que justifica la no comparecencia en juicio puede ser: enfermedad, encontrarse la mujer encinta, tempestad...

Si alguno hubiese prometido comparecer a juicio, pero impedido por enfermedad...¹⁸

Si una mujer no compareciese en juicio, no por enfermedad sino por hallarse encinta...¹⁹

Lo mismo ha de decirse si alguno hubiese enloquecido, puesto que el que no comparece impedido por la locura está impedido por una enfermedad...²⁰

Caso fortuito

En *De Beneficiis* VII, 14, presente el autor las distintas consecuencias derivadas para el deudor si el dinero que recibió del acreedor, lo malgasta en la lujuria y en juegos de azar o por el contrario lo pierde juntamente con su dinero «en un incendio, saqueo o en cualquier otra desgraciada contingencia».

De forma clara diferencia en el texto citado las diferentes circunstancias, que hacen responsable al deudor, en el primer caso, y puede quedar

¹⁶ Cfr. HERNÁNDEZ TEJERO: *o.c.*, p. 39.

¹⁷ *De Beneficiis*, 4, 39.

¹⁸ D.2, 11, 2, 3.

¹⁹ D.2, 11, 2, 4.

²⁰ D.2, 11, 2, 5.

libre de la obligación en los supuestos que no le son imputables: «incendio, saqueo o cualquier otra desgraciada contingencia».

Codex accepti et expensi

En el mismo tratado, en *De Beneficiis*, IV, 32, al final del texto hace una alusión al *codex accepti et expensi*, libro de contabilidad en el que los ciudadanos romanos anotaban lo recibido y lo entregado²¹: «... en mi poder obra el libro de caja de estas deudas y de estas pagas», dice el autor.

Una alusión a los *nomina transcripticia* se encuentra en *De Beneficiis*, V, 8, cuando dice que «en mi propia caja yo hago mis préstamos, operación ficticia, tan pronto recibida como devuelta; es como un juego de pelota, el crédito va y viene»²².

De las continuas similitudes y diferencias que presenta entre los beneficios y el crédito, deja constancia en un pasaje, *De los Beneficios*, I, 2, al referirse al *Kalendarium*, como libro donde se anotaban las sumas debidas por los deudores y los intereses correspondientes. El *Kalendarium* era el libro diario que llevaban los ciudadanos particulares dedicados al comercio —también lo llevaban los banqueros y cambistas—²³.

Clementia

En el tratado *De Clementia*, escrito durante el reinado de Nerón, encontramos textos de interés, algunos de ellos vamos a transcribir en este lugar. Séneca, preceptor de Nerón, deseoso de orientar a su alumno imperial hacia una política humana y justa, sin la dureza de la rigidez de la ley pero sin la impunidad a que se prestaba la amnistía y la misericordia indiscriminada con los malhechores, escoge el ideal de la clemencia y nos dice, entre otras cosas:

«Así que la clemencia no solamente nos hace más honorables sino más seguros y es ornamento y timbre de los tronos a la vez que su salvación certísima...»²⁴

²¹ A la manera del comerciante actual, todo paterfamilias suele llevar un libro contable —*codex accepti et expensi*—, donde anota los ingresos y salidas derivados de negocios contraídos con otras personas. Ingresos y salidas figuran, respectivamente, bajo las rúbricas del *acceptum* y del *expensum*. Vid. IGLESIAS, J.: *Derecho Romano*. E. Ariel (Barcelona, 1972), p. 446.

²² Del *nomen transcripticium* tenemos escasas noticias. Vid. IGLESIAS, J.: *o.c.*, p. 447. También MIQUEL, J.: *Derecho Privado Romano*, (Madrid, 1992), pp. 316-317.

²³ Cfr. GARCÍA GARRIDO, J.M.: «Diccionario...» *Vox: Kalendarium*.

²⁴ *De Clementia*, I, 11.

El carácter humano de la clemencia lo resalta el autor latino, en los siguientes términos:

«Es necesario hacer constar que ninguna entre las virtudes todas conviene más al hombre que la clemencia, porque ninguna hay más humana... Pero a nadie tanto como al rey o al príncipe sienta bien la clemencia»²⁵.

El interés por aquilatar «el simpático nombre de clemencia», lleva al autor a ensayar diferentes definiciones acerca de la misma:

«Y porque nunca nos engañe el simpático nombre de clemencia y nos lleve al extremo opuesto, veamos qué es clemencia, en qué consiste y en qué límites se contiene. La clemencia es la moderación del espíritu en el poder de castigar o la lenidad del superior para con el inferior en el señalamiento de las penas. Es más seguro proponer muchas definiciones, porque una definición sólo no sea lo suficientemente comprensiva del asunto y por decirlo así se pierda por la fórmula; así, pues, también puede definirse: una inclinación del alma a la lenidad en la imposición de las penas...»²⁶

Y termina el pasaje diciendo:

«... Y con todo eso, todos entienden que clemencia es doblarse más acá de lo que podría imponerse por justicia»²⁷.

Testimonios concretos de la insuficiencia de la ley, y la conveniencia de tener en cuenta la clemencia, la humanidad, la lealtad, la liberalidad... que aparecen recogidos en numerosos pasajes de su obra, justifican las referencias a los elementos extrajurídicos en el campo del Derecho²⁸.

Creemos que puedan venir perfectamente a colación en este contexto las consideraciones que hace el penalista Stampa Braun, en su obra, las ideas penales y criminológicas de L.A. Séneca, cuando dice lo siguiente: «Séneca comprendió que la justicia no consiste en el mero cumplimiento de la Ley: las que dicta el Estado consagran justicia demasiado imperfecta»²⁹.

Ciudadanía romana

En un pasaje, De Beneficiis, VI, 19, hace mención a la concesión de ciudadanía a los galos en época del emperador Claudio³⁰.

²⁵ De Clementia, 1, 3.

²⁶ De Clementia, 2, 3.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Cfr. MARLASCA, O.: «Elementos jurídicos y extrajurídicos en el Derecho». *Estudios de Deusto*, vol. 41/1. Enero-junio 1993. Universidad de Deusto, pp. 145-162.

²⁹ STAMPA BRAUN: *o.c.*, p. 157.

³⁰ Cfr. Tácito, Anales, XI, 23.

Condictio indebiti

En De Beneficiis IV, 36, se alude claramente a la reclamación del pago que se hizo por error, cuando dice: «No sólo retendré lo que prometí imprudentemente, sino que reclamaré lo mal dado. Loco es quien es fiel a un error»³¹.

Condominio

Por derecho civil todas las cosas son del soberano y, no obstante, están distribuidas entre muchos dueños, dice en De Benef. VII, 4.

Otros autores, como Varrón³², Cicerón³³, Plutarco³⁴ y ahora Séneca, «confirman la idea que tenían los romanos de la propiedad privada como emanación del poder del Estado»³⁵.

También Gayo al referirse a las formalidades que debían realizarse cuando se ejercitaba una acción real —en el procedimiento de las acciones de ley—, hace alusión al origen de la propiedad civil, «por cuanto consideraban los antiguos que el más justo dominio nacía de las cosas arrebatadas al enemigo»³⁶.

Contrato de arrendamiento

Determinadas circunstancias liberan al colono del pago de la renta: «No tiene compromiso ninguno el colono, aunque el contrato subsista, contra quien pisoteó sus panes, cortó los pies de sus viñedos...»³⁷

Otra alusión a este tipo de contrato hace en De Beneficiis, VII, 5: «Yo alquilé tu casa; en ella hay algo tuyo y algo mío; la casa es tuya; pero el disfrute de tu casa es mío» —res tua est, usus rei tuae meus est—.

Cosas —Clases—

Está hablando, en De Beneficiis, I, 12, de la conveniencia de que los beneficios recaigan sobre bienes lo más duraderos posible y menciona distintas clases de bienes: «De mejor gana daré plata labrada que plata amonedada; de mejor gana, estatuas que vestidos, que el breve uso los

³¹ Condictio indebiti es la acción para recuperar el pago de una cosa que no se debe.

³² Varrón, De ling. lat., V, 55.

³³ Cicerón, De rep. II, 12.

³⁴ Numa, 16.

³⁵ Cfr. HERNÁNDEZ TEJERO: *o.c.*, p. 50.

³⁶ Instituciones, IV, 16.

³⁷ De Beneficiis, 6, 4.

consume». Referencias, como vemos, a distintos tipos de cosas con repercusiones evidentes en el campo del derecho.

Las cosas comunes a todos los hombres son también mencionadas por el autor: «Dios otorgó determinadas dádivas a todo el género humano y de ellas nadie queda excluido...»³⁸. «Ciertos bienes están a disposición de todos...»³⁹.

Un texto de Marciano, contenido en el Digesto, alude a las cosas comunes: «Algunas cosas son comunes a todos por el Derecho natural, otras no son de nadie, y la mayor parte son de particulares, cosas que se adquieren para cada uno por varias causas. Ciertamente son comunes a todos por Derecho natural las cosas siguientes: el aire, el agua corriente y el mar, y en su consecuencia las costas del mar»⁴⁰.

Un texto de las Instituciones de Justiniano, en términos parecidos: «Por Derecho natural son ciertamente comunes a todas estas cosas, el aire, el agua corriente y el mar, y lo mismo las costas del mar»⁴¹.

En un pasaje del De Beneficiis se refiere a la materialidad e inmaterialidad de los mismos (los beneficios): «El beneficio es inmaterial y nunca se anula, mas lo que constituye su materialidad va de un lado a otro y cambia de dueño»⁴².

Estas afirmaciones nos llevan a recordar la distinción que hace Gayo⁴³ entre las cosas corporales e incorpóreas. Y cuando dice: «no hace al caso que en la herencia se contengan cosas corporales, o que los frutos que se perciben de un fundo sean corporales, o que aquello que se nos debe en virtud de una obligación sea generalmente corporal..., pues el derecho mismo de sucesión, el derecho mismo de usufructo y el derecho mismo de obligación son, en sí mismos incorpóreas»⁴⁴.

También en las Instituciones de Justiniano se alude a las cosas corpóreas y a las incorpóreas⁴⁵:

«Ciertas cosas, además, son corpóreas, y otras incorpóreas.

1. Son corpóreas, las que por su naturaleza pueden ser tocadas, como un fundo, un hombre, un vestido, el oro, la plata, y por último otras cosas innumerables.

³⁸ De Beneficiis, 6, 4.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ D. I, 8, 2.

⁴¹ Instituciones, II, 1, 1.

⁴² De Beneficiis, 6, 2.

⁴³ Instituciones, II, 12, 13 y 14.

⁴⁴ *Ibidem*, II, 14.

⁴⁵ Inst. Justiniano, II, II.

2. Mas son incorpóreas, las que no pueden ser tocadas; cuales son las que consisten en un derecho, como la herencia, el usufructo, el uso, y las obligaciones de cualquier modo contraídas...»

Textos literarios de Lucrecio⁴⁶ y Cicerón⁴⁷ reflejan, asimismo, la distinción entre cosas corpóreas e incorpóreas.

Créditos

Son muy frecuentes en la obra de Séneca las metáforas jurídicas, las metáforas crediticias...

En el libro I, I, *De Beneficiis*, presenta una comparación entre el crédito y los beneficios: «cuando tenemos que otorgar un crédito nos procuramos muy rigurosa información acerca del patrimonio y solvencia del deudor..., pero los beneficios más que otorgarlos, los echamos sin selección ninguna». El autor hace alusión a los efectos de un posible error in persona, que trae serias consecuencias tanto en materia de créditos, como en materia de beneficios⁴⁸.

La contraposición entre crédito y beneficio con alusiones de carácter jurídico, se refleja también en los textos que vamos a ver seguidamente.

La contraposición aludida, en *De Beneficiis* II, 17, hace aquí una clara referencia a la mora del acreedor —*mora creditoris*—, cuando dice que «mala reputación suele tener un prestamista si agriamente pide sus réditos; y la tiene también si para recibirlos y pagarse pone largas con demoras y dilaciones. De un beneficio tanto se ha de aceptar la vuelta, como no exigirla».

De nuevo, la contraposición *beneficium* y *creditum* la encontramos en *De Beneficiis*, II, 34.

Asimismo en el texto III, 14, del mismo tratado, al establecer la comparación entre *creditum* y *beneficium*, recomienda que se examine una y otra vez a quién se hacen los beneficios y «no tendrás que ejercer contra él ninguna acción, ninguna demanda». Las palabras empleadas por Séneca son, «*nulla actio, nulla repetitio*». La palabra *repetitio* aparece con frecuencia utilizada en los textos jurídicos latinos en el sentido de *condictio*⁴⁹.

En *De Beneficiis*, IV, 12, de nuevo, se expresa de la siguiente manera: «*Dicitis, inquit, beneficium creditum insolubile esse, creditum autem*

⁴⁶ *De rerum natura*, I, 303-5.

⁴⁷ *Tópica*, V, 27.

⁴⁸ Véase HERNÁNDEZ TEJERO, *o.c.*, p. 7.

⁴⁹ Entre otros, D. XII, 6, 67, 2; XII, 6, 19, 1.

non est per se expetenda». Esta frase ha sido utilizada, con otras procedentes de fuentes jurídicas o literarias, por Santa Cruz⁵⁰, para afirmar la oposición *creditum-solutio*.

En el mismo pasaje nos dice el autor que «cuando le llamamos crédito —refiriéndose al beneficio— usamos de figura y traslación». Y en esta misma línea, en el mismo pasaje, «cuando digo crédito, entiéndase una especie de crédito».

Una alusión al préstamo al hijo de familia tiene lugar en *De Beneficiis*, V, 19: «Porque si mi hijo tomara dinero a crédito, yo lo devolveré a su acreedor, pero no seré yo quien se lo deba...».

Es sabido que en el Derecho antiguo el padre no respondía de las deudas contraídas por el *filiusfamilias* y el esclavo, y fue precisa la intervención del pretor para poder los acreedores dirigirse contra el *paterfamilias* o el dueño del esclavo, en su caso.

Al comentar D'Ors el presente pasaje *De los Beneficios*, considera que hace el autor un desenfoque de un problema jurídico. Lo decisivo para que el *pater* salga responsable es que haya un *ussus* del *paterfamilias*, razón por la que se produce el préstamo al menor⁵¹.

El crédito es exigible en tanto que el beneficio no lo es, *De Beneficiis*, V, 21.

Otro pasaje que nos parece digno de ser mencionado en *De Beneficiis*, II, 23, a propósito de los diferentes medios de prueba:

«Algunos no quieren que se saque albarán, ni que se interpongan prestamistas, ni que se llamen y firmen testigos; ni apenas contrato manuscrito»⁵².

Los *pararii* o intermediarios actuaban a veces en la concesión de un préstamo⁵³; los *signatores* o testigos, que sellaban los documentos en los que se dejaba constancia de un préstamo; el *quirographum* era un documento suscrito por el deudor y entregado al acreedor y del que surgía la obligación correspondiente⁵⁴.

⁵⁰ Santa Cruz, *Da solutio*, I (Coimbra, 1962), p. 215. Citado por H. TEJERO, *o.c.*, p. 30.

⁵¹ Cfr. D'ORS, A.: *o.c.*, pp. 120-121.

⁵² *De Beneficiis*, II, 23.

⁵³ Los *pararii* intervenían entre los mutuantes y mutuarios. «Algunas fuentes literarias —dice D'Ors, citando a Séneca— nos informan sobre una aplicación de esta forma crediticia, que consistía en la mediación de varios banqueros (*pararii*) entre los mutuantes y los mutuarios; esos mediadores intervenían realmente como fiadores solventes; así se facilitaba la operación crediticia cuando el mutuante no disponía del crédito necesario en un solo banco, o el mutuario recibía el préstamo de varios mutuantes a la vez.» *Derecho Privado Romano*. Eunsa. (Pamplona, 1986), p. 482.

⁵⁴ Gayo, III, 134.

*Cursus honorum*⁵⁵

En *De Beneficiis*, II, 27, se refiere a diferentes magistraturas romanas, a propósito del ambicioso que no se conforma con los honores que fueron antes objeto de sus atrevidos deseos: «Nadie da gracias de un tribunado, sino que se queja porque no se le promovió a la pretura; ni aun ésta es grata si falta el consulado; no tampoco éste satisface, si es único».

En el mismo tratado, en el libro VII, 26, se va a referir al inicio y la culminación en el desempeño de las magistraturas romanas: la cuestura y el consulado⁵⁶.

Delitos

A la tentativa del delito se va a referir el autor en un pasaje del tratado *De la Constancia del sabio*, VII; presenta aquí dos supuestos concretos: el propinar a otro veneno y la utilización del puñal para cometer un delito, pero no se producen los resultados deseados; sin embargo, no por ello —dice el autor— dejan de hacerse reos del delito.

Y además, sigue diciendo: «Todos los crímenes, aún antes de la ejecución, son consumados por lo que atañe a la culpa».

También en *De Beneficiis*, V, 14, nos dice «que el ladrón es ladrón aún antes de que manche sus manos, porque ya está armado para matar y tiene voluntad de despojar y de matar».

Estas valoraciones de la voluntad son de gran interés en el ámbito del Derecho penal romano⁵⁷.

La función de la pena se propone estos tres objetivos: «o la enmienda de aquel a quien castiga, o la mejoría de los otros por el escarmiento suyo, o que, con la extirpación de los malvados, puedan vivir los otros más seguros», según algunos textos del *De Clementia*⁵⁸. En *De Beneficiis*, VI, 8, dice que «lo que importa es averiguar contra quién se disparó el dardo, no el blanco en que vino a dar».

Asimismo en el libro VI, 32, del mismo tratado hace una alusión a la ley sobre los adulterios promulgada por el divino Augusto⁵⁹.

⁵⁵ *Cursus honorum*: orden de prelación en el desempeño de las magistraturas en la República. Fue establecido por una ley *Villia annalis* (180 a.C.) en orden ascendente: cuestura, edilidad curul, pretura, y consulado. Véase GARCÍA GARRIDO, *Diccionario...*, p. 60. También Röger, *Die lex Villia Annalis*, *Klio*, 40 (1962), pp. 76 y ss.

⁵⁶ Cfr. HERNÁNDEZ-TEJERO: *o.c.*, p. 52.

⁵⁷ Cfr. HERNÁNDEZ-TEJERO: *o.c.*, p. 42.

⁵⁸ *De Clementia*, I, 22. Cfr. también *De Clementia*, I, 21.

⁵⁹ Se está refiriendo a la *Lex Iulia de Adulteriis* del 18 a. de C.

Al hablar de los ingratos, en *De Beneficiis*, III, 1, dice también que «hay muchas maneras de ingratos, como las hay de ladrones, como las hay de homicidas, de los cuales, aunque la culpa es una, está distribuida en grandes variedades»⁶⁰.

En *De Beneficiis*, III, 6, se refiere a una serie de delitos, cuando dice: «Todos convenimos que deben castigarse los maleficios. Contra el homicidio, el envenenamiento, el parricidio, los ultrajes a la religión son diferentes los castigos que se determinan según los países...».

La ley Cornelia de *sicariis et veneficiis* perseguía este tipo de delitos que llegaron a ser muy frecuentes en Roma⁶¹.

Mommsen establece la diferencia entre el *homicidium* y el *veneficium*⁶² y esta separación la refleja Séneca en el pasaje citado.

En el mismo pasaje hace el autor la separación entre *parricidium* y *homicidium*. En un principio *parricidium* designaba el homicidio, es a finales de la República cuando se emplea ya el término *parricidium* en el caso de que la víctima tenga parentesco con el reo⁶³.

En el tratado de la *Constancia del sabio*, V, 1, diferencia el autor entre injuria y contumelia: injuria y ultraje.

En los primeros tiempos, la injuria consiste en una lesión física causada antijurídicamente. En un texto del *Digesto*⁶⁴ se refleja el carácter de la injuria como lesión moral.

En *De Clementia*, I, 22, leemos lo siguiente: «Por lo que toca a las costumbres de la ciudad, la parquedad en los castigos las corrigen más eficazmente».

Al castigo del delito de parricidio se refiere en *De Ira*, I, 16: «... y cuando haré coser al parricida dentro del saco»⁶⁵.

Son numerosos los pasajes, fundamentalmente en el tratado *De Ira*⁶⁶, donde el autor presenta criterios en materia de política penal⁶⁷. Podemos

⁶⁰ Cfr. Gayo, III, 183. Se exponen aquí las opiniones de Servicio Sulpicio, Sabino y La-beón sobre las clases de hurtos.

⁶¹ Que conocemos a través del I, 48 del *Digesto* de Justiniano. Un estudio reciente de la ley: RODRÍGUEZ VALDÉS, L.: «La compra de “venena”»: desde el Derecho romano a la reciente jurisprudencia del T.S.», en *Revista de Estudios de Deusto*. Junio-diciembre 1994, pp. 225-243.

⁶² En su obra, *Derecho Penal romano*, París, 1907, p. 114.

⁶³ Cfr. Mommsen, *o.c.*, p. 92.

⁶⁴ D.47, 10, 15, 27.

⁶⁵ Cfr. SANTA CRUZ, JOSÉ: «Referencias jurídicas de los escritos de Séneca». *Studi in onore di Giuseppe Grosso*. Vol. I (Torino, 1968), p. 227. «A través de Séneca recibimos noticias de las penas concretas que reguló el derecho punitivo de aquel período... Así lo ha admitido la investigación más exigente, Mommsen y von Hentig.» Citados por Stampa Braun, en *o.c.*, p. 113.

⁶⁶ Cfr. *De Ira*, 1, 19; 3, 12; 3, 32, entre otros.

⁶⁷ Cfr. Stampa, *o.c.*, pp. 95 y ss. El tratado *De Ira*, según el autor citado, es el más rico en conceptos de política penal. También Santa Cruz, *o.c.*, p. 229.

entresacar el pasaje siguiente: «Deja llegar aquel tiempo en que el dominio de nosotros será nuestro; ahora hablaríamos al dictado de la ira; cuando ella habrá pasado, entonces veremos cómo ha de apreciarse este proceso. Pues en esto nos equivocamos principalmente: apelamos al hierro a los suplicios capitales y con cadenas, cárcel y hambre vengamos un delito merecedor de castigarse con azotes más leves...»⁶⁸.

El sentimiento de venganza lo rechaza el autor en algunos pasajes, entre ellos destacamos el siguiente: «Tampoco, pues, dañaremos al hombre porque pecó, sino porque no peque, y la pena nunca se referirá a lo pasado, sino a lo por venir. El castigo no atiende a la ira, sino a la precaución. Porque si hubiera que castigar a todo el que tuviese un carácter depravado o maléfico, nadie quedaría exceptuado de castigo»⁶⁹.

Del mismo tratado *De Ira*, transcribimos el siguiente texto: «¡Cuánto más vale sanar una ofensa que vengarla! La venganza consume mucho tiempo, se expone a muchas injurias, mientras se duele de una. En todos nosotros dura más tiempo la ira que la ofensa...»⁷⁰.

Depósito

En *De Beneficiis*, IV, 10, al comienzo del texto, va a hacer alusión al contrato de depósito: «Restituir el depósito es cosa loable por sí misma; no obstante, no siempre lo devolveré ni en cualquier lugar ni en cualquier tiempo... miraré la utilidad de aquel a quien he de devolverlo, y si el depósito le hubiese de ser dañoso lo negaré».

La obligación de devolver es inherente al depósito, sin embargo en algún supuesto especial —un depositante que se ha vuelto loco...— no existiría esa obligación. A estos supuestos parece referirse el autor del texto.

Derecho de gentes

En distintos textos de su obra aparece la expresión, *ius gentium*.

Concretamente en *De los Beneficios*, I, 9, al final del pasaje: «Vender lo que compraste es de Derecho de gentes».

En el mismo tratado, *De Beneficiis*, III, 14, a propósito de las numerosas comparaciones que hace el autor en la presente obra entre el crédito y los beneficios, dice lo siguiente: «Muy justa sentencia es y autorizada

⁶⁸ *De Ira*, III, 32.

⁶⁹ *De Ira*, II, 31.

⁷⁰ *De Ira*, III, 27.

por el derecho de gente: Devuelve lo que debes. Pero en tratándose de beneficios, ninguna palabra hay tan afrentosa como: ¡Devuélvelo!

Otra referencia al *ius gentium* la encontramos en *De Ira*, III, 2: «... Ha sido violado el derecho de gentes, con malos tratos a los embajadores».

El jurista Gayo, al comienzo de su obra *Instituciones*⁷¹, nos dice que el Derecho «que la razón natural establece entre todos los hombre, ése se observa con carácter general por todos los pueblos y es llamado Derecho de gentes, es decir, como si fuese el Derecho que utiliza todo el mundo».

También Cicerón en un pasaje *De los Oficios*⁷² hace alusión al Derecho de gentes de la siguiente manera: «Y así quisieron nuestros antepasados que hubiese un derecho de gentes y otro civil: éste no siempre es el mismo que el de las gentes, pero el derecho de gentes siempre es lo mismo que el civil».

Derecho procesal

En diferentes pasajes de la obra se refiere el autor latino a cuestiones procesales.

En el libro III, 7 *De Beneficiis*, hace una alusión a la *actio certae pecuniae*, en el supuesto de dar acción contra el ingrato como para la devolución de una suma determinada o por un alquiler o un préstamo⁷³.

En el mismo pasaje presenta el autor una comparación entre el juez y el árbitro. Expresamente nos dice «que el juez está sujeto por la fórmula⁷⁴ de cuyos términos no puede excederse⁷⁵, mientras que el árbitro puede decidir siguiendo el impulso de la benignidad o de la clemencia».

En términos parecidos se expresa en el tratado *De Cementia*, II, 7, donde dice que «la clemencia conserva libre su albedrío; no juzga según fórmula, sino según la equidad y la bondad».

Lo más importante a destacar, en mi opinión, está en que en los supuestos de resolución de una controversia por parte del árbitro, éste no

⁷¹ *Instituciones de Gayo*, I, I.

⁷² *De Officiis*, III, 17.

⁷³ Cfr. COLLINET, P.: *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, París, 1947, pp. 285 y ss. Citado por Hernández-Tejero, *o.c.*, p. 17.

⁷⁴ La fórmula es el documento en el que el magistrado —en el procedimiento formulario— recoge las pretensiones del demandante y las alegaciones del demandado.

Cfr. para este pasaje, ARIAS BONET, J.A.: en *AHDE*, 1955, pp. 837-838.

⁷⁵ Cfr. Gayo, *Instituciones*, IV, 52, se refiere aquí a la sujeción del juez al contenido de la fórmula: «El juez, cuando se le plantea una *condemnatio* de cantidad cierta de dinero, debe prestar mucha atención a no condenar ni a más ni a menos de dicha suma...».

tenía que adaptarse al contenido de una fórmula sino que decidía el litigio «ex aequo et bono»⁷⁶.

En definitiva, como dice G. Buigues Oliver⁷⁷, «se puede concluir que el árbitro no tenía que sujetarse a las normas de Derecho Objetivo; sino que, salvando la oratoria y retórica de los términos utilizados, se regiría por criterios de aequitas, clementia, humanitas, moderatio...».

En el último apartado del De Beneficiis, III, 7, se va a referir a un aspecto concreto relacionado con los jueces: el de su procedencia. «En algunos casos un juez poco entendido puede dar sentencia... mas cuando se pone a pleito lo que sólo puede averiguar una muy diligente sabiduría, no se puede asumir el juez de entre la multitud de los escogidos o que la riqueza o la alcurnia hizo inscribir en el padrón de los caballeros»⁷⁸.

En De Beneficiis, III, 8, al establecer distintos grados de beneficios, «en un caso se gastó el dinero por un deudor acosado por el acreedor...». Se está refiriendo aquí a la liberación del addictus pagando sus deudas por parte de un tercero.

Las expresiones «nulla actio, nulla repetitio», las menciona Séneca en De Beneficiis, III, 14, citado anteriormente.

Otro aspecto concreto de Derecho procesal encontramos en otro pasaje del mismo tratado⁷⁹; es en relación con el procedimiento formulario y concretamente el supuesto de si el demandado puede ejercitar una acción y fusionarse en la misma fórmula con la acción del demandante. Las palabras del autor son «... separantur actiones...; non confunditur formula»⁸⁰.

Derecho de propiedad

Alude al contrato de venta y donación y la desposesión que ello supone al entregarlo a otro, en De Beneficiis, V, 10: «... La venta es una enajenación y un traspaso a otro de una cosa y del derecho que sobre ella

⁷⁶ Cfr. BUIGUES OLIVER, G.: *La solución amistosa de los conflictos en Derecho Romano: El arbitrum ex compromisso*. Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1990, p. 140.

⁷⁷ *O.c.*, pp. 140-141.

⁷⁸ Para el nombramiento del juez, en la época clásica, las partes podían ponerse de acuerdo en que fuera juez una persona determinada, siempre que tuviera unas condiciones mínimas de capacidad. Si no había acuerdo, debía ser nombrado juez uno de la lista oficial de posibles jueces. Más detalles, en D'Ors, *Derecho Privado Romano*, pp. 101 y ss.

⁷⁹ De Beneficiis, VI, 5.

⁸⁰ Cfr. D.49, 8, 1; D.17, 1, 38, pr.; Inst. Iustinianus, 4, 6, 30: se refiere a la compensación; excepto sólo la acción de depósito, a la que creíamos que era muy odioso se opusiera nada a título de compensación, para que nadie fuere defraudado en la exacción de las cosas depositadas so pretexto de compensación.

se tiene. Y la donación como la venta misma supone el desposeerte de aquello que tienes y darlo a otro para que lo tenga».

La compraventa romana, como es sabido, no sirve para que el comprador adquiriera el dominio de la cosa. Y el contenido de la obligación del vendedor no fue nunca el de proporcionar el dominio de la cosa vendida⁸¹.

A la posesión precaria se va a referir en algunos textos y entre otros, en De la constancia del sabio, V, 5 «... y de las demás cosas no tiene sino una posesión precaria»⁸².

Derecho hereditario romano

En la obra del autor encontramos algunos puntos de interés jurídico sobre esta materia.

De nuevo en el tratado De los Beneficios, IV, 20, hace alusión a la institución de heredero y al legado a propósito del ingrato que asiste al enfermo pensando en la herencia o el legado.

A la usucapio hereditatis se refiere en De Beneficiis, VI, 5, cuando dice lo siguiente: «Argucias ineptas son esas de los jurisconsultos que afirman que una herencia no da lugar a usucapión, sino los objetos comprendidos en la herencia, como si la herencia fuese una cosa distinta de las cosas que la herencia comprende»⁸³.

La usucapio pro herede en la época clásica, concede no la cualidad de heredero, «sino tan sólo la propiedad de los bienes realmente poseídos: los bienes singulares y no la titularidad total»⁸⁴. D'Ors considera que Séneca no entiende esta importante distinción y por eso «ridiculiza las iuris consultorum acutae ineptiae...»⁸⁵.

⁸¹ Entre otros, véase, ARIAS RAMOS, J.: «Derecho Romano», *Editorial Revista de Derecho Privado* (Madrid, 1966), p. 629 y nota 502 en el mismo lugar. La compraventa es un contrato obligacional, es decir, que no crea Derechos reales, sino que hace surgir obligaciones a cargo de las partes. La mera compraventa no transfiere la propiedad, aunque el vendedor sea propietario. Cfr. J. Miquel. *Derecho Privado Romano*. Marcial Pons (Madrid, 1992), pp. 319-320.

⁸² Como es sabido, el precario es una situación de hecho, revocable en cualquier momento en que el dueño de la cosa desee extinguirla. Cfr. D.43, 26, de precario, 2pr. (Ulpiano): Dice el pretor: «Lo que de él tienes en precario o hiciste con dolo malo que dejases de tener, sobre lo cual te reclama, restitúyelo».

⁸³ La especialidad de tan particular usucapio consistía en que era suficiente poseer cosas u objetos hereditarios para extender la usucapión a toda la herencia. La razón, según Gayo, es «porque los antiguos querían que las herencias fueran aceptadas sin demora para que hubiera quien se encargara del culto familiar y para que hubiera quien pagase a los acreedores». Cfr. lo anterior en GARCÍA GARRIDO, M.J.: *Diccionario...*, «Vox»: Usucapio pro herede.

⁸⁴ Cfr. D'ORS, A.: *o.c.*, pp. 121-122.

⁸⁵ *O.c.*, p. 122.

Divorcio

En *De Beneficiis*, III, 16, destaca el autor la frecuencia de los divorcios; dice «que algunas damas cuentan sus años, no por el número de los cónsules, sino por el de los maridos». Esta circunstancia motivó la preocupación de los legisladores romanos y dio lugar a la aparición de las leyes caducarias.

Elementos extrajurídicos

El autor presenta en sus obras numerosos testimonios en la línea de la superación conceptual y de la estrechez del marco legal para la implantación de la justicia⁸⁶. Alguno de los textos aparece citado en el epígrafe acerca del derecho procesal.

En primer lugar, veamos algunos pasajes del tratado *De los Beneficios*: En el *Lib. III*, 7, de la obra citada, se lamenta aquí de la falta de libertad del juez que tiene que atenerse al contenido de la fórmula, en tanto que el árbitro: «... puede sacar y puede añadir alguna cosa y regular su sentencia no por lo que prescribe la ley o la justicia sino siguiendo el impulso de la benignidad o de la clemencia».

Otro testimonio en esta misma línea, en *De Beneficiis*: «Cuántas cosas hay que de suyo no tienen ni ley ni derecho de acción y, no obstante, la costumbre social y humana... las autoriza»⁸⁷.

Podemos seguir también al autor en estas líneas de su obra *De Ira*:

«¡Qué inocencia tan raquítica la inocencia legal! ¡Cuanto más amplias exigencias tienen la piedad, la humanidad, la liberalidad, la justicia, la lealtad y ninguna de ellas está grabada en las Tablas!»⁸⁸.

También este otro pasaje del tratado *De Clementia* nos sitúa en la misma atmósfera que los anteriores:

«La clemencia conserva libre su albedrío; no juzga según fórmula sino según la equidad y la bondad: le es lícito absolver y evaluar la lid según le pareciere. Ninguna de estas cosas hace como quien hace manos de lo justo, sino como quien tiene por justísimo lo que decidió»⁸⁹.

En cuanto a la humanistas relacionada con los esclavos, son también muy frecuentes las alusiones que hace el autor en diversos lugares de su obra, como se verá en el epígrafe siguiente.

⁸⁶ Cfr. MARLASCA, O.: *o.c.*, pp. 145 y ss.

⁸⁷ *De Beneficiis*, 5, 21.

⁸⁸ *De Ira*, 2, 28.

⁸⁹ *De Clementia*, 2, 7.

En la edad imperial, según Schulz, «la humanitas se afirma muy enérgicamente también en materia de esclavitud. Séneca tiene el mérito de haber trabajado con la mayor insistencia no ya, entiéndase, por la abolición de la esclavitud, sino para que la relación entre amos y esclavos adquiriera actitudes humanas, y otros le han seguido»⁹⁰.

Esclavos

Son muy numerosos los pasajes en la obra de Séneca donde se va a referir a distintas cuestiones relacionadas con la esclavitud.

En algunos pasajes deja el autor clara constancia de la situación lamentable de los esclavos y del odio de éstos para con sus dueños:

Hablando de las consecuencias de la ira, «el dueño irascible, ¡a cuántos esclavos no puso en fuga; a cuántos no redujo a la muerte!...»⁹¹.

En un texto del tratado *De Beneficiis*, a propósito de si los esclavos pueden hacer beneficios a sus dueños:

«no obstante el odio, común a todos los esclavos, ha sido en uno de ellos vencido por la adhesión al señor...»⁹².

En épocas anteriores a Séneca la situación del esclavo era bien diferente. El «odio común de los esclavos» citado por el autor, se produce más tarde cuando como consecuencia de las continuas guerras llegan a la ciudad de Roma gran número de prisioneros en calidad de esclavos. En este nuevo contexto no se dan apenas lazos de afecto entre los esclavos y sus dueños⁹³.

En época de Nerón, nos dice Petronio al referirse a los esclavos que apenas una décima parte conoce a su propio dueño⁹⁴.

Los grandes latifundios necesitan gran número de esclavos y de esto va a dejar constancia en *De Beneficiis*, VII, 8:

«¡Ah, cómo es de compadecer aquel que tiene sus complacencias en el enorme registro de sus dominios patrimoniales y de sus vastos latifundios que tienen que cultivarse por esclavos atados...»⁹⁵.

⁹⁰ SCHULZ, F.: «Principios del Derecho Romano». Trad. M. Abellán Velasco. *Cívitas* (Madrid, 1990) p. 239.

⁹¹ *De Ira*, 3, 5.

⁹² *De Beneficiis*, 3, 19.

⁹³ Véase, entre otros, SANTA CRUZ, J.: «Séneca y la esclavitud.» *AHDE*, 1942-43, p. 613, HERNÁNDEZ TEJERO, *o.c.*, p. 23.

⁹⁴ *Satyricón*, XXXVII, 9.

⁹⁵ Como es sabido, los esclavos estaban incluidos en la clase de las *res mancipi*, juntamente con otros bienes muy importantes en la economía de aquella época.

También va a hacer mención a una serie de servicios que desempeñaban los esclavos con respecto a sus dueños: «síguele en sus viajes, asístele en sus enfermedades, cultiva su campo con el desvelo mayor»⁹⁶.

En otros pasajes en los que habla Séneca de los esclavos, están latentes altos pensamientos en relación con la consideración del esclavo como ser humano⁹⁷, la dulcificación en el trato por parte de los dueños...

Desde el punto de vista de los beneficios, al esclavo hay que considerarle como a cualquier otro, «... porque lo que importa no es el estado de quien hace el favor, sino su intención»⁹⁸.

Los esclavos no están obligados a obedecer en todo, dice Séneca en *De Beneficiis*, III, 20: «no obedecerán los mandados que fueren en perjuicio de la República, ni prestarán sus manos para la comisión de ningún delito»⁹⁹.

Los beneficios, tanto pueden hacerse por parte de los esclavos hacia sus dueños, como se decía en un pasaje anterior, como por parte de los dueños¹⁰⁰. Pero las leyes exigen cosas a ambas partes. «Hay cosas que un señor está obligado a dar a su esclavo, cuales son la comida y el vestido», nos dice en *De Beneficiis*, III, 21.

En otro orden de cosas, pero aludiendo a estos bienes entregados por el dueño, los pueden utilizar para conseguir la libertad: Hasta los esclavos de ínfima condición se esfuerzan por sacudirse la esclavitud. «El peculio que adquirieron, engañando a su estómago, lo pagan como rescate»¹⁰¹.

De nuevo podemos traer a colación lo que establece en la Epístola 47: «Son esclavos. Pero también son hombres. Son esclavos. Pero también comparten tu casa...». Según se dijo antes, Séneca trabajó con insistencia para que la relación entre amos y esclavos adquiriera actitudes humanas¹⁰².

Esta afirmación del autor alemán se refleja en otro lugar de la Epístola citada:

«Respétente, mas que no te teman. Alguien dirá que ahora hago yo un llamamiento a los esclavos para que recobren su libertad y que derroco a los señores de su encumbramiento porque dije que respeten al señor, mas que no le teman...»¹⁰³.

⁹⁶ *De Beneficiis*, 3, 19.

⁹⁷ Epístola 95: el hombre cosa sagrada para el hombre es.

⁹⁸ *De Beneficiis*, 3, 18.

⁹⁹ D.50, 17, 157, pr.: Suele perdonarse a los esclavos lo que hicieron, sin tener la gravedad de crimen o fechoría, por obedecer a sus dueños o a los que hacen las veces de dueños, como son los tutores y curadores. También, D.43, 24, 11, 7.

¹⁰⁰ Cfr. *De Beneficiis*, 3, 21 y 3, 22.

¹⁰¹ Epístola 80.

¹⁰² SCHULZ, F.: *o.c.*, p. 239.

¹⁰³ Epístola 47.

No se pronuncia de esta manera Cicerón acerca del trato humanitario con los esclavos. «Es significativo, dice Schulz, que él, mientras que utiliza con infinita frecuencia las palabras humanitas y humanus, no las aplica, a lo que parece, ni siquiera una vez a la relación entre esclavo y dueño...»¹⁰⁴.

El autor latino presenta en *De los Oficios* algunas cuestiones relacionadas con los esclavos a las que se refiere el griego Hecaton en el libro sexto de su obra: «Si será obligación de un hombre de bien, cuando están sumamente caros los víveres, sustentar sus esclavos». Pregunta también, «si habiéndose de arrojar al mar parte de la carga de la nave, se sacrificará un caballo de mucho precio o un esclavo de poco valor...»¹⁰⁵. Se presentan razones de una y otra parte más lo sorprendente ante estas cuestiones está en que el autor no se pronuncia con un rechazo tajante ante las mismas. Es evidente una diferencia significativa en el contenido de los textos pertenecientes al filósofo estoico Séneca, anteriormente citado¹⁰⁶.

Sabido es que el Senadoconsulto Silaniano —del año 10 d.C.— condenaba a la tortura e incluso a la muerte a aquellos esclavos que no presaron el debido auxilio a su dueño al ser asesinado¹⁰⁷.

En la Epístola 77 presenta el siguiente supuesto: ante la posible muerte voluntaria de su dueño, temían los esclavos por su suerte. El estoico —refiriéndose al dueño— «les sacó el miedo del cuerpo y les hizo ver que los esclavos sólo corrían peligro cuando quedaba la incertidumbre de si la muerte del señor había sido voluntaria». En el supuesto de muerte no voluntaria del dueño, tiene aplicación el Senadoconsulto citado.

«Gobernar suavemente a los esclavos es cosa de alabar», dice Séneca en *De Clementia*, I, 18. Para defenderse de la dureza de los dueños, «los esclavos tienen el derecho de asilo, acercándose a una estatua», expone en el mismo pasaje¹⁰⁸.

¹⁰⁴ SCHULZ, F.: *o.c.*, p. 236.

¹⁰⁵ *De los Oficios* 3, 23.

¹⁰⁶ Cfr. MARLASCA, O.: *o.c.*, p. 148.

¹⁰⁷ Véase Tácito, *Anales* XIV, 42, 43 y 44. También D.29, 5.

En relación con el Senadoconsulto citado, E.M. Staerman considera «que fue un arma terrible en manos del Estado dirigida a defender los intereses de la clase de los propietarios de esclavos». *La esclavitud en la Italia Imperial, Colección Manifiesto*. Akal Editor, 1979, p. 235.

¹⁰⁸ *De Clementia* 1, 18. Cfr. Gayo I, 52 y 53. Se refiere aquí a una constitución del emperador Antonino Pío acerca de los esclavos: «... ya que consultado por algunos gobernadores de provincias sobre aquellos esclavos que se refugian en los templos de los dioses o junto a las estatuas de los príncipes, determinó que si se estimase intolerable la crueldad de los dueños se les obligará a vender a sus esclavos...». También D.1, 6, 2 recoge la constitución citada acerca del mal trato a los esclavos: «... y si averiguaras que han sido tratados más duramente de lo que es justo, o que se les ha inferido una ofensa infamante, dispón que sean vendidos para que no recaigan bajo la potestad de su dueño. El que hiciere fraude a mi constitución, sabrá que estoy dispuesto a castigar el hecho más severamente».

También en el mismo pasaje, «y como sea que contra los esclavos todo está permitido...». Contrasta el contenido del texto citado con lo que expresa en el *De Beneficiis*, III, 22, cuando dice: «Para entender en las injurias de los señores a sus esclavos hay jueces señalados cuya misión es reprimir la sevicia, la lubricidad y la cicatería en proporcionarles los alimentos necesarios».

En varios pasajes de su obra califica la esclavitud como contraria al Derecho natural y, concretamente, en *De los Beneficios*, III, 28, lo pone de manifiesto al decir: «Todos tenemos unos mismos principios y un mismo origen»¹⁰⁹.

Estudios liberales

Al hablar de los estudios liberales considera que son productivos, útiles y son dignos del hombre libre. Pero con todo, el único estudio liberal es el que hace al hombre libre, como es el de la sabiduría. «Así pues, hay en Séneca una cierta reserva ante las artes»¹¹⁰. En la *Epístola* 88, después de exponer a Lucilio sus pensamientos acerca de las artes liberales, dice lo siguiente: «¿De qué me aprovecha saber distribuir en partes un campillo, si no sé dividirlo con mi hermano?».

*Garantías*¹¹¹

En *De Beneficiis*, IV, 12, está aludiendo a la fianza que se presta a favor de un *iudicatus*: «salgo fiador por el condenado y empeñándome con sus acreedores, descuelgo el rótulo que secuestraba sus bienes; para poder salvar al proscrito, asumo yo el peligro de la proscripción». Claramente deja constancia de la ejecución sobre los bienes que sustituyó a la ejecución sobre la persona del deudor.

Otra alusión a la garantía la recoge en *De Beneficiis*, IV, 39: «Bajaré al foro para salir fiador; lo prometí; pero no si me haces presentar fianza

¹⁰⁹ La calificación de la esclavitud como contraria al Derecho natural que resulta del pasaje *De Beneficiis*, «tiene importancia para la comprobación de que la existencia de la tricotomía “Derecho natural, Derecho de gentes, Derecho civil” alienta en los escritores no juristas de la época clásica, mientras que, según la mayoría de la doctrina, fue desconocida al menos en su formulación didáctica, por los escritores juristas de la misma época, aunque en las disposiciones legislativas y resoluciones prácticas, gobernantes y juristas de la época clásica no dejen de reconocer que si bien la esclavitud es de Derecho de gentes, repugna al Derecho natural el llevar a las últimas consecuencias el principio de que el esclavo es una cosa», F. HERNÁNDEZ-TEJERO, *o.c.*, p. 27.

¹¹⁰ PRIETO, F.: *o.c.*, p. 97.

¹¹¹ Como es sabido, la garantía personal tiene en el Derecho romano mayor importancia que las garantías pignoraticias.

por un incertum o si me hicieras responder ante el fisco». La fianza de un incertum y la de deudas con el fisco resultaban especialmente gravosas¹¹².

También en *De la Constancia del Sabio*, VI, 2, nos encontramos con la posibilidad de presentar fianza: «... porque si tuvieses de mí poco crédito, te daré fiador». Y es que dirigiéndose a Lucilio y para el caso de que le parezca atrevida la promesa que le hizo, promete Séneca ofrecer, si su propia persona no merece bastante crédito, fiador suficiente: *si parum fidei habeo, sponsorem dabo*¹¹³.

En *De Beneficiis*, II, 7, cuenta de Tiberio a quien un deudor le rogó para que saliese fiador que el emperador prefirió pagar a los distintos acreedores, y eran tantos los que venían a pedirle su intercesión como acreedor, que decidió remitir al Senado la comprobación de las causas de tales peticiones¹¹⁴.

Obligaciones

En *De Beneficiis*, II, 18, se refiere a las obligaciones recíprocas: «Toda obligación de carácter recíproco exige lo mismo de las dos partes». Hace una clara alusión a las obligaciones de buena fe cuando más adelante dice que «no basta con hacer lo debido, sino que hay que hacerlo según razón»¹¹⁵.

Otro punto a destacar en este mismo pasaje es acerca de la elección de la persona del acreedor: «Cuando digo que hay que escoger con mucho tiento al acreedor, excluyo la fuerza mayor y el miedo»¹¹⁶.

Séneca vive en un tiempo en que se opera un profundo cambio en el régimen de los negocios jurídicos. Los negocios de derecho estricto van cediendo el paso poco a poco a los de buena fe, por obra del influjo del *ius gentium* y actuación de la jurisprudencia y sobre todo del pretor¹¹⁷.

En *De Beneficiis*, II, 23, hace alusión a diferentes medios de dejar constancia de la existencia de una obligación: *pararii*, testigos, *quirographum*.

En el cumplimiento de las obligaciones aboga por el criterio de la buena fe y la equidad, frente a las garantías legales. «Se cree más en los

¹¹² D'ORS, A.: «Derecho Privado Romano». *Eunsa* (Pamplona, 1986), p. 501.

¹¹³ Cfr. SANTA CRUZ, J.: *Referencias...*, p. 229.

¹¹⁴ *De Beneficiis*, II, 8; Tácito, *Annales*, I, 75; Suetonio, *Tiberio*, 47.

¹¹⁵ Las acciones de buena fe corresponden a obligaciones bilaterales recíprocas y tienen un régimen mucho más flexible que concede al juez un mayor *arbitrium* para determinar la condena. HERNÁNDEZ-TEJERO, F.: *o.c.*, p. 12, incide en esta misma idea del autor latino: No solamente hay que cumplir las obligaciones estrictamente, sino cumplirlas conforme la razón exige.

¹¹⁶ *De Beneficiis*, II, 18.

¹¹⁷ HERNÁNDEZ-TEJERO, F.: *o.c.*, p. 13.

sellos de nuestros anillos que en nuestras conciencias», dice en *De Beneficiis*, III, XV.

Alusión a la relación obligatoria cuando dice «no hay deudor sin acreedor»¹¹⁸.

En otro pasaje del tratado *De Beneficiis*, nos dice que «la naturaleza de la obligación determina la del pago»¹¹⁹.

Extinción de obligaciones

En *De Beneficiis*, V, 19, parece referirse al concurso de causas como extinción de las obligaciones ya que dice en el pasaje citado «... como se pide el dinero de aquel a quien se prestó, aun cuando de una manera u otra a mí hubiere venido».

Padres de familia

«Ninguna ley nos manda el amor a los padres ni la indulgente ternura a los hijos (porque es superfluo ser impelidos por una ley positiva a la observancia de un sentimiento natural)»¹²⁰. En el *Digesto* de Justiniano encontramos disposiciones posteriores a Séneca que sancionan los abusos cometidos por quienes ejercen la patria potestad¹²¹.

El padre de familia ha de actuar además con diligencia en todas sus actuaciones; será tenido por mal padre de familia «el que encomendare la gestión de su patrimonio a un condenado por mal administrador...»¹²². En otro pasaje del mismo tratado dice: «El dinero mal prestado puede recuperarse; puedo llamar a juicio al deudor...», no obstante, esto «es propio de un mal padre de familia»¹²³.

Al deber de los buenos padres con relación a los hijos los menciona en *De Clementia*, I, 14; en el mismo pasaje compara el poder del príncipe con el del paterfamilias¹²⁴, «los llamamos Padres de la Patria para que sepan

¹¹⁸ *De Beneficiis*, V, 8.

¹¹⁹ *De Beneficiis*, V, 14. También algunos textos del *Digesto*: 12, 2, 1; 46, 3, 46, pr.

¹²⁰ *De Beneficiis*, IV, 17.

¹²¹ En D.37, 12, 5, el jurista Papiniano se refiere al supuesto en el cual el emperador Trajano obligó a emancipar a un hijo que previamente había sido maltratado por el padre. Otro texto del jurista Marciano en D.48, 9, 5, nos habla de la deportación ordenada por el emperador Adriano a una isla al padre que mató a su hijo estando de caza, porque cometía adulterio con la madrastra. Otro texto del *Digesto* en este mismo sentido, aunque en este caso con carácter más general, se encuentra en D.48, 8, 8, 2.

¹²² *De Beneficiis*, IV, 27.

¹²³ *De Beneficiis*, IV, 39.

¹²⁴ PRIETO, F.: *o.c.*, p. 208.

que les fue otorgada la patria potestad, que es la más moderada, porque mira por sus hijos y al bien de ellos pospone su propio bien»¹²⁵.

Un supuesto concreto de amor filial, lo describe Séneca en *De Beneficiis*, III, 37, cuando el hijo se enfrenta a un tribuno diciéndole: «Si no juras que vas a retirar la citación judicial contra mi padre te he de atravesar con esta daga. En tu poder está escoger la manera como mi padre no tenga acusador».

Prescripción

En la Epístola 88, hace alusión, entre otras muchas cosas, a la no prescripción de las cosas de dominio público, cuando dice: «Los juriscónsultos afirman que ningún dominio público se adquiere por “usucapión”».

Procedimiento ejecutivo sobre los bienes

En el pasaje IV, 12 de *De Beneficiis*, citado en páginas anteriores, hace alusión a la ejecución patrimonial del deudor.

Asimismo, encontramos otra referencia a esta forma de ejecución, en *De Beneficiis*, V, 21, de esta manera: «Así como el acreedor no cita a aquellos de sus deudores que saben hicieron quiebra...».

Restitutio in integrum

En *De Beneficiis*, III, 14, hace el autor una alusión a la *restitutio in integrum*, al decir: *Erras, si existimas succursurum tibi iudicem; nulla lex te in integrum restituet, solam accipientis fidem spectat*¹²⁶.

Simple promises

«Pero la ley al no permitir las reclamaciones, las prohíbe... ¿Qué ley nos obliga a cumplir una simple promesa? Ninguna»¹²⁷. Teniendo en cuenta el razonamiento que antecede a estas palabras, hay que entender que Séneca se refiere aquí a las simples promesas a las que el Derecho romano no dotaba de eficacia¹²⁸.

¹²⁵ En esta misma línea, algunos textos de Plinio El Joven en el Panegrico a Trajano, 2, 3; 29, 2; 67, 1; 87, 3.

¹²⁶ La referida alusión a la *restitutio in integrum* sirve precisamente para el estudio de las restituciones *in integrum* por concesión imperial y de las cuales hay pruebas desde tiempos de Augusto. G. Cervera, *Studi vari sulla restitutio in integrum*, Milán, 1965, pp. 60 y ss. Citado por HERNÁNDEZ-TEJERO, F.: *o.c.*, p. 20, nota 48.

¹²⁷ *De Beneficiis*, V, 21.

¹²⁸ Véase HERNÁNDEZ-TEJERO, F.: *o.c.*, p. 45.

Tesoro

En *De Beneficiis*, VI, 43, hace una alusión al tesoro de la siguiente forma: «quid thesaurum eius eruimus? Hernández-Tejero, comentando el pasaje citado, dice: «Se destaca con fuerza la idea de desenterrar, de extraer el tesoro, ya que *eruo* es verbo que se emplea, por ejemplo, por Paulo en el *Digesto*, para expresar la acción de arrancar los árboles de la tierra»¹²⁹.

Testamento

En algunos pasajes del *De Beneficiis* encontramos algunas alusiones al testamento, como acto de última voluntad.

En el pasaje IV, 11, hay una referencia al testamento y a las disposiciones en él contenidas en los siguientes términos:

«Y cuando nos encontramos en el último trance de la vida y ordenamos nuestro testamento, ¿no repartimos beneficios que no han de acarrear-nos ningún provecho? Cuánto tiempo nos gastamos y cuán en secreto meditamos a quién y cuánto le daremos. ¿Y qué importa aquel a quien damos, si nadie puede devolvernos nada? Y con todo eso, nunca damos con mayor circunspección, nunca sopesamos tanto nuestras decisiones como cuando, bien alejados de todo interés propio, sólo lo honesto está delante de nuestros ojos...».

Se observa una referencia al testamento como acto personalísimo: meditamos en secreto, sopesamos nuestras decisiones más que nunca...

Y más adelante sigue diciendo Séneca: «Pero cuando la muerte cierra el paso a todas las cosas... buscamos a los más dignos para dejarles nuestros bienes y ninguna cosa disponemos con más santa vigilancia como aquella que ya no nos pertenece»¹³⁰.

Claramente alude al testamento como acto de liberalidad, puesto que dice a continuación, «si no diésemos beneficios mas que a quien puede devolverlos, tendríamos que morir intestados»¹³¹.

En el mismo tratado, al final del texto IV, 27, dice el autor que «... hará un testamento rematadamente malo el que dejare por tutor de su hijo a un despojador de pupilos». Se trata en este caso de la tutela testamentaria, una de las tres modalidades de tutela vigentes en el ordenamiento jurídico romano¹³².

¹²⁹ *O.c.*, p. 49.

¹³⁰ *De Beneficiis*, IV, 11.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Las otras modalidades de tutela son: Tutela legítima y tutela dativa.

Tribus

Una distribución de tipo administrativo del pueblo romano, la menciona en la Epístola 89, a propósito de la conveniencia de dividir en partes todo aquello que alcanza grandes proporciones: «El pueblo se distribuye en tribus, el ejército en centurias»¹³³.

3. Conclusiones finales

Tomando como base los textos que hemos puesto de relieve en el apartado anterior, podemos referirnos a una serie de conclusiones.

Aunque no se puede citar a Séneca a la altura de los grandes jurisconsultos de su época —Próculo, Labeo, Sabino, Caius Longinus—¹³⁴ se encuentran en sus obras importantes conceptos de raíz filosófica (*ius*, *aequitas*, *fides*, *humanitas*, *ratio*...) de gran importancia en el campo del derecho¹³⁵.

La falta de sistema es evidente en el contenido de sus obras y así lo han puesto de relieve diversos autores comentaristas de sus escritos¹³⁶. «La falta de sistema no sólo es propia de la obra de Séneca en su conjunto, sino que también es defecto de cada uno de sus libros o tratados. Ahora bien, ello no excluye la coherencia de fondo.»¹³⁷

El escritor cordobés, representante máximo de la filosofía estoica, la escuela filosófica que más incluyó en el Derecho romano, presenta en sus obras numerosos testimonios en la línea de la superación conceptual y de la estrechez del marco legal para la implantación de la justicia¹³⁸. Podemos recordar aquí, de nuevo, el siguiente pasaje de su obra *De Ira*:

¡Qué inocencia tan raquíca la inocencia legal! ¡Cuánto más amplias exigencias tienen la piedad, la humanidad, la liberalidad, la justicia, la lealtad y ninguna de ellas está grabada en las Tablas!¹³⁹.

¹³³ Son los comicios por centurias que, según la tradición, estableció Servio Tulio. Se incluían en ellos todos los ciudadanos, divididos en 193 centurias, integradas en clases según la cuantía del patrimonio.

¹³⁴ Cfr. nota n.º 11.

¹³⁵ Véanse algunos pasajes citados en el epígrafe 2 del presente trabajo, entre otros: *De Beneficiis*, IV, 35; IV, 39. *De Ira*, 2, 28. *De Clementia*, 2, 7, etc.

¹³⁶ Véase, entre otros, F. PRIETO: *o.c.*, p. 18; GARCÍA BORRÓN, en «Séneca y los estoicos», Barcelona, 1956, p. 47; GARCÍA GALLO, en «La España Romana», *Rev. de Estudios Políticos*, 1942, p. 690.

¹³⁷ PRIETO, F.: *o.c.*, p. 18.

¹³⁸ Cfr. MARLASCA, O.: *o.c.*, p. 146.

¹³⁹ *De Ira*, 2, 28.

Los elementos extrajurídicos¹⁴⁰ que aparecen en sus escritos son contrarios a una concepción abstraccionista y deductivista de las normas jurídicas. «En Séneca no se encuentra ni debe buscarse edificios ontológicos, armazones de conclusiones cerradas, catedrales de silogismos», nos dice Franquiz¹⁴¹.

Es indudable el humanitarismo de Séneca reflejado en sus escritos (en materia de esclavitud, clemencia...), aunque algún autor, como A. D'Ors, se pregunte qué eficacia pudo tener todo este humanitarismo del autor en el derecho de su época¹⁴². Es de resaltar, no obstante, que independientemente de la eficacia concreta que pudo tener su doctrina humanitaria en las leyes romanas, trata de ser una instancia crítica y no faltan pasajes en su obra de esta faceta mencionada¹⁴³. Porque como dice Stampa Braun, refiriéndose al autor latino, «Séneca comprendió que la Justicia no consiste en el mero cumplimiento de la Ley: las que dicta el Estado consagran justicia demasiado imperfecta»¹⁴⁴.

A las fides se refiere el autor en diversos pasajes de su obra, como se ha visto en algunos textos en el apartado anterior¹⁴⁵.

Séneca entendió que la fides es un «valor» necesario y de suma importancia en las relaciones interpersonales y está latente en toda la obra del autor; podemos recordar aquí el pasaje del De Beneficiis V, 21, donde destaca el autor el carácter ético-social y humano, poniendo énfasis en la fidelidad como cumplimiento de la palabra dada¹⁴⁶.

Es evidente también la utilización de terminología jurídica en numerosos pasajes¹⁴⁷, aunque en ocasiones, según D'Ors, no la aplica con excesiva precisión¹⁴⁸.

Por otra parte, es de destacar el espíritu práctico y concreto de nuestro autor, poco amigo de perderse en divagaciones conceptuales y muy

¹⁴⁰ En la actualidad, J. GONZÁLEZ PÉREZ, en «El Principio de la buena fe en el Derecho administrativo», Madrid, 1983, p. 149, se refiere a la importancia de la fides en las relaciones jurídicas: Vivimos en un mundo —dice el autor citado— en el que se ha olvidado el valor ético de la confianza... Humanizar las relaciones ... es tarea de todos. Actuando con la lealtad, honestidad y confianza que los demás esperan de nosotros... en definitiva, lo que el principio de la buena fe comporta.

¹⁴¹ FRANQUIZ, J.A.: «Actas del Congreso Internacional de Filosofía, en Conmemoración de Séneca», en el XIX de su muerte. *Editoria Augustinus*, Madrid, 1967, p. 63.

¹⁴² D'ORS, A.: *o.c.*, p. 116.

¹⁴³ Por ejem.: De Ira, 2, 28. De Clementia, 1, 3 y 2, 3. Epístola 47, ...

¹⁴⁴ STAMPA BRAUN, *o.c.*, p. 157.

¹⁴⁵ Entre otros, De Beneficiis, 3, 15; 5, 21; De Ira, 2, 28.

¹⁴⁶ «... ¿Qué ley nos obliga a cumplir una simple promesa? Ninguna. Y con todo, me pelearé con aquel que no haya callado una conversación confidencial y me enojaré con quien no haya cumplido la palabra dada».

¹⁴⁷ Entre otros términos: actio, vis maior, restitutio in integrum, metus.

¹⁴⁸ *O.c.*, p. 118.

aficionado a plasmar sus enseñanzas en ejemplos concretos, como se ha tenido oportunidad de comprobar en diversos pasajes.

Son muy frecuentes en sus escritos las metáforas¹⁴⁹, metáforas sobre las relaciones entre el cuerpo y el alma¹⁵⁰; metáforas crediticias cuando establece la analogía entre el *beneficium* y el *credittum*¹⁵¹; equiparación de la vida humana con la milicia; por otra parte, en otro pasaje nos dice que «la virtud no puede ser objeto de desahucio para el sabio y de los bienes materiales no tiene sino una posesión precaria»¹⁵².

Es de destacar asimismo la no absolutización de los conceptos¹⁵³ que se refleja en sus textos, consideración aplicable también en el ámbito jurídico al que se refieren algunos juristas en la actualidad. La ciencia del Derecho, como todas las ciencias, necesita elaborar conceptos abstractos, lo que no puede hacer es absolutizar el contenido de los mismos ya que los conceptos no son infalibles. «Lo conveniente y justo es, por tanto, adoptar en este punto una postura de reconocimiento para los conceptos, mas sin abusar de ellos. Son instrumentos utilizables en la elaboración del Derecho —nos dice Pérez González—. Lo peligroso es el exclusivismo, nunca su prudente empleo»¹⁵⁴.

Los escritos de Séneca no van en una línea intelectualista¹⁵⁵. Precisamente en algunos pasajes de su obra denuncia las contaminaciones de la escuela estoica¹⁵⁶. El diletantismo discursivo es atacado por Séneca, incluso en su adorado maestro Crisipo, cuando dice:

«Crisipo, varón grande a fe mía, pero griego de todas maneras que de tan agudo se embota y de puro delgado dobla la punta hartas veces; y aun

¹⁴⁹ Algunos autores han estudiado estos aspectos en la obra del autor: D. Steyns, *Etude sur les métaphores et les comparaisons dans les oeuvres de Sénèque le philosophe*. Université de Gand, fasc. 33, 1906. Fr. Husner, *Leib und seele in der sprache Senecas. Ein Beitrag zur sprachlichen Formulierung der moralischen Adhortatio*. *Philologus*, Suppl. XVII, 3. Leipzig, 1924, Cap. I (Metáforas jurídicas y sociales).

¹⁵⁰ De Beneficiis, 7, 26; Ep. 11, entre otros.

¹⁵¹ De Beneficiis, 1, 1; De Beneficiis, 2, 32; 2, 34; 3, 14; 4, 12, etc.

¹⁵² De Cons. Sap. 5, 5.

¹⁵³ En algunos pasajes, De Clementia, 2, 3 y 2, 7; De Ira, 2, 28 ...

¹⁵⁴ PÉREZ GONZÁLEZ, «El método jurídico». *Rev. de Derecho Privado XXVI*, 1942, p. 22. También Garrigues se manifiesta en términos parecidos cuando manifiesta: «Veinte años de labor universitaria me han permitido familiarizarme con el conceptualismo jurídico y han hecho que le pierda un tanto el respeto... No nos dejemos llevar de la abstracción que suele convertir al jurista en un puro mecanismo de lógica y que pretende reducir todos los hechos de la realidad a conceptos y figuras, haciendo de la técnica jurídica un juego dialéctico sin contacto alguno con la vida». *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo I, Madrid 1947, Prólogo IX.

¹⁵⁵ Véase, entre otros autores que se refieren a estos aspectos de la obra del autor: GARCÍA GARRIDO, J.L.: *o.c.*, ELORDUY: *El Estoicismo, o.c.*, Die Sozialphilosophie der Stoa, *o.c.*, y otras obras del autor. ESPADA, C., *o.c.*

¹⁵⁶ Así en la Epístola 113.

cuando parece hacer algo eficaz, pincha, pero no horada. Pero ¿es esto agudeza? De los beneficios se ha de tratar y poner en orden esta virtud, que es el vínculo más fuerte de la sociedad humana»¹⁵⁷.

Discrepa de la mentalidad jurídica de su tiempo y propugna un derecho más equitativo y más libre de formalismos¹⁵⁸.

No faltan en Séneca abundantes referencias a los temas sociales. Lo exigía, en primer lugar, su formación fundamentalmente estoica; pocas escuelas de la antigüedad han tenido tan en primer plano una preocupación por la filosofía social como el estoicismo¹⁵⁹.

Lo Estoa es un puente que hay que atravesar necesariamente cuando se trata de pasar de la concepción de sociedad que tenía el mundo griego a la que después adquiriría el mundo romano. Elorduy nos dice que el estoicismo supuso el reemplazamiento de la conciencia social de la polis por la conciencia social del logos¹⁶⁰.

Por todo lo hasta aquí expuesto sobre el autor, cabe valorar y valoramos los aspectos jurídicos que presenta el autor latino en numerosos pasajes de su obra, de muchos de ellos hemos dejado constancia en páginas anteriores.

¹⁵⁷ De Beneficiis, 1, 4.

¹⁵⁸ Cfr. De Clementia, 2, 7; De Ira, 2, 28; Ep. 47 y otros.

¹⁵⁹ GARCÍA GARRIDO, J.L.: *o.c.*, p. 213. ELORDUY, E.: en *Die Sozialphilosophie der Stoa, o.c.*

¹⁶⁰ Cfr. ELORDUY, E.: *o.c.*, en nota anterior, p. 147, citado por GARCÍA GARRIDO, J.L.: *o.c.*, p. 216.

ECONOMIA DEL CAMBIO TECNICO UNA VISION CLASICA

José Moreno

Hoy día es posible pensar que casi todos los investigadores en Economía coincidan en la importancia del cambio técnico como factor primario o como condición necesaria del desarrollo económico. Sin embargo, históricamente, los aspectos relacionados con el cambio técnico han ocupado (¿siguen ocupando?) a lo largo del tiempo una especie de mundo marginal en la Economía, salvo honrosas excepciones.

Los economistas «clásicos» no ignoraron por completo estos temas pero se preocuparon preferentemente por otros aspectos que se consideraban más importantes dentro del análisis económico, como son los temas relacionados con el valor y el intercambio.

A mediados del siglo XIX, Karl Marx colocó al cambio tecnológico en el centro y como motor de la acumulación capitalista, cíclica y contradictoria por naturaleza, pero dinámica y evolutiva por necesidad. Y lo hizo partiendo de supuestos clásicos (ricardianos), pero con escasa aceptación e incidencia en la Ciencia Económica dominante.

Después de él, la economía se orientó hacia los problemas del equilibrio estático y la óptima asignación de recursos. El cambio técnico (o la ciencia y la tecnología, si se prefiere) y sus implicaciones con el progreso económico, o no se estudiaban o eran objeto de atención esporádica y descriptiva, al margen de los análisis teóricos.

No será sino hasta pasada la década de 1950 cuando los teóricos de la Economía convencional consideren el cambio técnico no sólo como un elemento fundamental del crecimiento económico y sean conscientes de que los determinantes de su evolución están seriamente influidos por, o basados en, hechos y decisiones económicas. Pero sus análisis, aunque se incluyan los nekeynesianos que aparecen en esta época, seguirán siendo estacionarios y funcionales.

Quizás una de las razones de la aparente paradoja con la que abríamos esta introducción habría que buscarla en ese carácter esencialmente estático de la teoría de base neoclásica (y/o neokeynesiana) que todavía hoy prevalece en muchas de nuestras escuelas. Y que sirve de muy poco si uno se enfrenta a un análisis dinámico y estructural de la actividad económica y al papel del progreso técnico en ella.

Una de las pocas excepciones a este dominio «de la racionalidad económica» y del estatismo, fue Joseph A. Schumpeter. El cambio tecnológico desempeñó un papel importante en su análisis dinámico del capitalismo, pero lo trató esencialmente como algo exógeno, aunque con importantes consecuencias económicas. Puede que la abrumadora hegemonía de los análisis neoclásicos imperantes en el momento de publicar el grueso de su obra, la hiciese parecer más profunda de lo que en realidad era.

No es nuestra intención aquí dar cuenta exacta y detallada de todas las teorías, ideas y discusiones que sobre el progreso técnico y sus consecuencias económicas han tenido lugar desde que la Economía es una disciplina científica independiente¹. Desde un planteamiento más humilde pretendemos analizar, aunque sea de manera breve y lineal, algunas de esas conceptualizaciones. Al menos, aquéllas que pueden considerarse ya como «clásicas» y que nos parecen, hoy por hoy, más relevantes por las implicaciones que tienen para el estudio del «Cambio Técnico» o por su trascendencia posterior en nuestras escuelas de pensamiento. Y lo haremos fijándonos de manera casi exclusiva en sus explicaciones concretas

¹ A pesar de lo dicho en la entrada a este apartado, la lista de autores que de cerca o de lejos se han referido a las relaciones entre la Economía y la Tecnología o al Cambio Técnico, sería interminable. Existen buenas reseñas, desde diferentes ópticas además, relativas a los diferentes análisis que sobre los aspectos económicos del progreso técnico se han desarrollado a lo largo de la Historia de la Economía. Sin ánimo de dar la lista por cerrada, y a fin de llenar ligeramente el hueco que pueda suponer no mencionar los trabajos de otros autores también importantes y que no se incluyen en el presente artículo, señalaremos algunos de esos trabajos. Ninguno de ellos está íntegro a nuestro modesto entender, pero todos se van complementando. Así, un intento de constituir esa «historia de las teorías económicas más pertinentes relacionadas con el progreso técnico», y desde una óptica bastante «aséptica» pero válida a todo punto del estudio, puede ser la obra de Arnold Heertje [HEERTJE, 1984]. Desde una posición bastante más crítica con el análisis clásico «ortodoxo», está el trabajo de Christian Le Bas [LE BAS, 1981]. Un trabajo curioso y poco conocido es el suministrado por Ferdinando Meacci [MEACCI, 1978], donde se intenta reconstruir las líneas fundamentales de la teoría «positiva» del capital y del progreso técnico incorporado en él, a través de un amplio repaso a la literatura sobre el tema. Y ya, a un nivel más ecléctico y como exponente del abanico de posibilidades extremas (no marxistas) que esta materia propicia, mencionaremos, entre muchos, las lecturas recogidas en ROSENBERG (ed.), 1979. En todos ellos existe una amplia bibliografía complementaria.

del papel que juega el progreso técnico, la ciencia o la tecnología (como lo llamen) en sus discursos teóricos. Con un sentido crítico, expondremos las ideas básicas de los principales autores pertenecientes a la Escuela Clásica, para relatar después las de los pensamientos *marxiano* y *schumpeteriano*. Por último, y a modo de epílogo, referiremos algunas breves consideraciones finales.

1. El maquinismo en los autores clásicos ortodoxos

«Acumular por acumular, producir por producir: en esta fórmula recoge y proclama la economía clásica la misión histórica del período burgués. La economía jamás ignoró los dolores del parto que cuesta la riqueza, pero ¿de qué sirve quejarse contra lo que la necesidad histórica ordena? Para la economía clásica, el proletariado no es más que una máquina de producir plusvalía; en justa reciprocidad, no ve tampoco en el capitalista más que a una máquina para transformar esta plusvalía en capital excedente. Estos economistas toman su función histórica trágicamente en serio.»

Karl Marx, *El Capital*, tomo I, 1.867

A lo largo de la historia del análisis y del pensamiento económico fue la Escuela Clásica la pionera en integrar el estudio del cambio técnico en sus desarrollos analíticos, aunque ello fuera de forma un tanto parcial y precaria. Sus representantes más cualificados², en la mayoría de los casos, tan sólo esbozaron algunos esquemas de lo que hoy conocemos como la «teoría de la compensación de empleos». Su preocupación principal tenía, como veremos, mucho más que ver con el largo plazo y con la distribución de la renta que con el papel que jugaba la Ciencia y la Técnica en los procesos productivos. Antes de pasar a ocuparnos de manera puntual y precisa de aquello que era el elemento central de su pensamiento sobre estos temas, se impone una breve acotación al origen y

² La periodización es siempre un mal inevitable. Tradicionalmente, los estudiosos del pensamiento económico consideran que la escuela clásica nace con Adam Smith, hacia finales del siglo XVIII y se extiende hasta la década de 1860-70. Aparte de éste, los autores más representativos pueden ser Thomas Robert Malthus, David Ricardo y John Stuart Mill [ver ROBINSON y EATWELL, 1982, p. 23]. Excluimos conscientemente a Karl Marx puesto que si bien desde el punto de vista cronológico es un autor «clásico», sus análisis difieren radicalmente de lo que es una «Economía Clásica» [SCHUMPETER, 1971/b, pp. 448 y ss.]. Se puede, como contrapunto a lo histórico de los autores clásicos ya mencionados, considerar a Marx como un pensador «social», «no clásico», por cuanto que hace de la historia y de la sociología sus principales armas teóricas [FAURE-SOULET, 1970, tercera parte].

contenido de su filosofía. Aunque sólo sea por una simple cuestión de perspectiva histórica.

La mayoría de los grandes economistas de esta escuela estuvieron muy influidos por el clima intelectual de su tiempo. Consideraron el orden económico como análogo al universo físico descrito por Newton y su mecánica. Los asuntos económicos se consideraban gobernados por leyes que, aunque reconocibles por el hombre, se escapaban a su control directo. Desde luego, esto no era un obstáculo serio para que no intentasen, al menos, comprender el significado y las propiedades de estas leyes a fin de conducirse inteligentemente en la actividad diaria³.

La idealización que del «orden natural»⁴ hacen los economistas clásicos, en el sentido de que el modo de promover mejor el desarrollo económico y el bienestar general consiste en romper las cadenas que traban la economía empresarial privada y dejar que siga su camino de forma «natural», les llevó a defender, como se sabe, el «laissez-faire» y el librecambismo, su sistema de «libertad natural» contrario a la regulación y protección estatal de los mercantilistas. El hombre, para ellos, se reduce al estado de individuo dependiente, sumiso a las leyes del instinto y de la naturaleza.

Esta perspectiva proporcionó una nueva orientación a la discusión económica, aunque, en algunos aspectos, la visión clásica puede entenderse como una extensión de las investigaciones, análisis y teorías avanzadas por sus inmediatos predecesores. De igual modo que la tradición mercantilista en Inglaterra y la escuela fisiocrática en Francia, dirigieron su atención hacia la importancia de un «excedente económico». Eso sí, desde ópticas e interpretaciones distintas, dentro de una lógica del valor y del intercambio⁵.

La escuela clásica inglesa se centró más en los orígenes y naturaleza de ese «excedente» económico. Como los fisiócratas, y contrariamente a los escritores mercantilistas, sus miembros afirmaban que dicho «excedente» surgía de la producción y no del comercio. Pero a partir de este

³ Sobre los fundamentos filosóficos e históricos de la teoría clásica, puede verse un tratamiento bastante extenso en FAURE-SOULET, 1970, primera parte.

⁴ La concepción que de este «orden (o estado) natural» tiene la visión clásica emana directamente de los escritos de Locke y Rousseau [vid LOCKE, 1991 y ROUSSEAU, 1970].

⁵ J. A. Schumpeter dice del principal trabajo de Adam Smith, al que se considera como «clásico» entre los «clásicos»: «Pero el «Wealth of Nations» es, de todos modos, una gran hazaña y merece perfectamente su éxito, pese a no contener ideas realmente nuevas...» [SCHUMPETER, 1971/b, p. 227]. Más adelante, reitera: «Los tres primeros capítulos del libro I tratan de la división del trabajo. ... Aunque no tiene nada de original, como ya sabemos...» [*Idem*, p. 229]. En otro lugar, añade: «La obra principal de A. Smith iba a combinar y desarrollar las especulaciones de sus contemporáneos y predecesores franceses e ingleses acerca del valor» [*Ibid.*, p. 356].

punto, ambas escuelas tomaban caminos distintos: para los escritores clásicos, la Agricultura no era la única actividad productiva; la industria podía también generar un «excedente». La explicación del carácter de éste y de los factores que influyen en su magnitud se convirtió, de hecho, en uno de los temas centrales del análisis clásico.

Esta línea argumental era claramente compatible con las exigencias del naciente «industrialismo». La disponibilidad de un «excedente», a partir del cual pudiera acumularse capital, era una necesidad vital. Parece lógico, por tanto, que su preocupación central fuera la relativa a los problemas y a las posibilidades de expansión económica a largo plazo, en especial la interacción entre la distribución de la renta y las variaciones en la producción final⁶. Los aspectos que interesan a nuestro estudio, aspectos relacionados con el cambio técnico, la tecnología o «la maquinaria» (por emplear su vocablo preferido) fueron condicionados a ese tema central.

El hecho de que el camino para el uso de la «máquina» quedase expedito gracias a la «revolución científica» de principios del siglo XVII, a las innovaciones de finales del XVIII y a la aparición de la manufactura en un contexto de capitalismo comercial, propició el que los economistas clásicos analizaran, en mayor o menor medida, los efectos de la introducción de las máquinas en la actividad productiva. Si bien sus análisis no pueden considerarse muy profundos como veremos, sí al menos se puede decir que fueron ellos los primeros que, con un cierto rigor, introdujeron tímidamente en el análisis económico el estudio del «progreso tecnológico». Eso sí, es necesario comprender con claridad que ellos no se enfrentaron al «maquinismo» en un estadio avanzado del conocimiento tecnológico, sino más bien a un progreso técnico representado por máquinas de reciente descubrimiento y aplicación paulatina. Es esta una época en la que los países europeos occidentales ejercieron un papel dominante gracias a su superioridad tecnológica en los dominios de la navegación, la construcción naval y el armamento. Pero casi todos los desarrollos importantes para una utilización real de «máquinas» son prácticamente de épocas anteriores⁷.

⁶ Vid. SCHUMPETER, 1971/b, parte III y BARBER, 1980, primera parte. William J. Barber opina que «lo que importaba era la tendencia a largo plazo y las fuerzas que en ella influían. Es cierto que la tradición clásica dedicó parte de su atención a ciertas cuestiones del corto plazo, como ocurrió, por ejemplo, con la prolongada discusión sobre la relación entre valor y precio. Estas cuestiones, sin embargo, no fueron examinadas por sí mismas sino por su relación en cuestiones más amplias de crecimiento y distribución» [BARBER, 1980, p. 107].

⁷ Durante esta etapa a la que nos referimos se da una profunda relajación de los esfuerzos científicos e investigadores, por lo menos en el período que media entre la expansión comercial de los siglos XVII y XVIII y las revoluciones agrarias e industriales del XVIII [MASON, 1985, pp. 20-22; CROMBIE, 1985, cap. II]. La máquina de vapor de movimiento circular desarrollada por J. Watt no estuvo lista hasta el último cuarto del siglo XVIII.

Sin más preámbulos, pasemos ya a la exposición de las ideas que algunos de los más relevantes defensores de la armonía y el orden natural de los asuntos económicos tenían sobre el «maquinismo» para después intentar, en la medida de lo posible, esbozar alguna síntesis sobre la visión de esta escuela en lo tocante al cambio técnico.

Poco fue el interés que **Adam Smith** prestó a las máquinas. Como se sabe, el tema central del análisis *smithiano* giró en torno a la división del trabajo⁸. Para él, se trataba éste del único factor de crecimiento económico. «La gran multiplicación de producciones en todas las artes, originadas en la división del trabajo, da lugar, en una sociedad bien gobernada, a esa opulencia universal que se extiende hasta las clases inferiores del pueblo»⁹. Con esta idea como eje, el progreso tecnológico, «el invento de todas esas máquinas», son inducidas por la división del trabajo, son en sustancia meros incidentes de ella: «... la invención de las máquinas que facilitan y abrevian el trabajo, parece tener su origen en la propia división del trabajo»¹⁰.

Los incrementos de productividad o, como él decía, «el aumento de la capacidad productiva del trabajo», hay que buscarlos no en la utilización de nuevas máquinas, sino en la profundización de la división del trabajo. Las nuevas máquinas sólo ayudan a simplificar las tareas y posibilitan el que un hombre sea capaz de realizar el trabajo que antes hacían varios: «Este aumento considerable en la cantidad de productos que un mismo número de personas puede confeccionar, como consecuencia de la división del trabajo, procede de tres circunstancias distintas: primera, de la mayor destreza de cada obrero en particular; segunda, del ahorro del tiempo que comúnmente se pierde al pasar de una ocupación a otra, y por último, de la invención de un gran número de máquinas, que facilitan y abrevian el trabajo, capacitando a un hombre para hacer la labor de muchos»¹¹.

Puesto que, según Smith, la división del trabajo tiene como límite la extensión del mercado¹² y, además, para que una máquina resulte

⁸ «Nadie ha dado tanta importancia a la división del trabajo, ni antes ni después de Adam Smith» [SCHUMPETER, 1971/b, p. 229]. Sin embargo, A. Smith no sienta ni una sola tesis nueva acerca de tal concepto. En opinión de Karl Marx «escritores antiguos, como Petty, ..., definen mejor que A. Smith el carácter capitalista de la división manufacturera del trabajo» [MARX, 1975/a, p. 298].

⁹ SMITH, 1979, p. 14.

¹⁰ *Idem*, p. 12. El papel secundario que este autor atribuye a la maquinaria provocó, en los comienzos de la gran industria, una fuerte polémica entablada contra él por Lauderdale y, más tarde, por Ure [MARX, 1975/a, p. 283].

¹¹ SMITH, 1979, pp. 10-11.

¹² *Idem*, p. 20.

rentable se debe alcanzar cierto nivel de producción¹³, se colige que, cuanto más grande sea el mercado, mayor será la posibilidad de producirse un cierto cambio tecnológico.

Muy al contrario que Adam Smith, **David Ricardo** sitúa la evolución de la técnica en relación directa con la acumulación del capital. La función ricardiana de la inversión encuentra en la frase siguiente su fundamento: «mientras los beneficios del capital son altos, los hombres tienen motivos para la acumulación»¹⁴.

Para él, no existiendo restricciones por el lado de la demanda¹⁵, la traba más fuerte a la acumulación proviene de la oferta de «bienes-salario», producidos esencialmente en la esfera agrícola. Así, todo crecimiento de capital significa también crecimiento de la población asalariada que, habida cuenta de las condiciones de producción en la agricultura¹⁶, entraña una elevación de los precios de «los objetos de primera necesidad» o sea, de los salarios. Esto último limita los beneficios y, por tanto, la acumulación: «... el que este aumento de producción y la demanda consiguiente que ocasiona, haga o no bajar los beneficios, depende únicamente del alza de los salarios, y el alza de los salarios, ..., depende a su vez de la dificultad de producción de los alimentos y de los artículos necesarios para el trabajador»¹⁷.

Es en este contexto donde creemos se debe insertar la visión *ricardiana* del *maquinismo*¹⁸. Para él, si bien el progreso técnico aumenta **siempre** el producto neto (beneficios más rentas), no incrementa **obligatoriamente** el producto bruto (producto neto más salarios)¹⁹. Los salarios constituyen, por tanto, la variable susceptible de disminuir cuando

¹³ *Ibid.*, libro II, cap. I, pp. 252-8.

¹⁴ RICARDO, 1973, p. 243.

¹⁵ «M. Say, sin embargo, demuestra más satisfactoriamente que todo el capital puede ser empleado en el país, pues la demanda del mismo está limitada solamente por la producción» [*Idem*, p. 243].

¹⁶ Téngase en cuenta que estamos dentro del mundo económico clásico, con una agricultura donde el factor fundamental de producción era la mano de obra asalariada. La marcha de parte de ésta hacia mejores condiciones de vida (salarios más altos) en las actividades industriales llevaba aparejada un alza en los salarios agrícolas.

¹⁷ RICARDO, 1973, p. 245. La idea ricardiana de «salario» debe entenderse como «fondo de salarios» o como «total de salarios reales», en un sentido más actual de la idea [SCHUMPE-TER, 1971/b, p. 752].

¹⁸ Sin embargo, Ricardo no articula explícitamente su esquema de la acumulación y su concepción del cambio técnico. Tan sólo en el célebre capítulo XXI («Sobre la Maquinaria»), de la tercera edición de sus *Principles of Political Economy and Taxation* [RICARDO, 1973, pp. 322-331], hace algunas referencias breves a las condiciones para el restablecimiento del nivel normal de beneficios y proseguir así con la acumulación y analiza ligeramente el efecto del cambio técnico en la actividad productiva. La tercera edición de esta obra data de 1821 y la primera, de 1817.

¹⁹ RICARDO, 1973, p. 327.

disminuya la demanda de trabajo: «Todo lo que deseo demostrar es que el descubrimiento y uso de la maquinaria puede ir acompañado de una disminución de la producción bruta; y siempre que ocurra esto, será perjudicial para la clase trabajadora, pues alguno de los que la componen ha de ser despedido de su empleo, y la población llegará a ser excesiva, comparada con el fondo destinado a darle empleo»²⁰.

Esta idea del efecto perjudicial que «el maquinismo» puede ocasionar en las clases trabajadoras fue modificada (precisamente en la edición tercera ya citada de sus «Principles») por el propio Ricardo, puesto que en un principio consideraba que la clase obrera, al igual que el resto de grupos sociales, se vería favorecida con las reducciones de precios que conllevaba el uso de «las máquinas» en el proceso productivo²¹.

Para Ricardo, dos son básicamente las razones que justifican la introducción de «las máquinas» en el proceso productivo. En primer lugar, tal introducción procura al empresario capitalista una ventaja suficiente como para llevar a cabo un cierto proceso de innovación tecnológica: vende a un precio semejante al de sus competidores y produce a un coste menor, es decir, recibe durante un tiempo, un «sobrebeneficio», ya que «el que descubría la máquina y la empleaba primero útilmente gozaría de una ventaja excepcional, haciendo grandes beneficios durante algún tiempo; pero a medida que la máquina se hiciese de uso general, el precio de la mercancía descendería por efecto de la competencia hasta su costo de producción»²². Además, a ésta se le añade otra razón más importante si cabe: «Con cada aumento del capital y de la población subirá el precio de las subsistencias, a causa de ser más difícil su producción. La consecuencia de un alza de las subsistencias será una subida de los salarios, y toda subida de los salarios origina una tendencia a que el capital ahorrado se destine, en proporción mayor que antes, al empleo de maquinaria. La maquinaria y el trabajo están en competencia constante, y aquélla no puede emplearse muchas veces hasta que los salarios del trabajo suben»²³.

²⁰ *Idem*, p. 326. Claro está que «... la capacidad de mantenimiento de la población y de empleo de trabajadores depende siempre de la producción bruta de una nación y no de su producción neta» [*Ibid.*, p. 325].

²¹ «Pero estoy convencido de que la sustitución de la maquinaria por el trabajo humano es frecuentemente muy perjudicial a los intereses de los trabajadores... Mi error provenía de suponer que, cuando aumentaba la renta neta de una sociedad, tenía que aumentar también su renta bruta; sin embargo, se me presentan ahora razones convincentes de que el fondo de donde sacan sus rentas los terratenientes y capitalistas puede aumentar, mientras disminuye el fondo de que dependen principalmente los salarios de la clase trabajadora» [RICARDO, 1973, pp. 323-324].

²² *Idem*, pp. 322-323.

²³ *Ibid.*, pp. 329-330.

Ricardo esboza de esta manera cómo el trabajo es sustituido por el capital al hacerse **relativamente** más caro, lo que puede considerarse como la primera formulación lógica de una teoría de innovación inducida por los cambios operados en las variables de la distribución²⁴. Parece, por lo menos en este caso, que nuestro autor se refiere al cambio técnico incorporado en nuevos bienes de capital en **un cierto estadio de la tecnología**²⁵.

Sin embargo, en otros pasajes de su obra²⁶, especialmente cuando hace referencia a la acumulación, no insiste en una acumulación del capital en un estadio dado del conocimiento tecnológico, sino en la transformación de los componentes del capital (capital fijo y capital circulante) bajo la influencia del desarrollo técnico²⁷. En este sentido, Ricardo advierte: «Espero que los juicios que he hecho no conducirán a nadie a la conclusión de que no debe fomentarse el empleo de la maquinaria. Para aclarar el principio, he supuesto que la maquinaria perfeccionada se inventaba y se generalizaba su uso **repentinamente**; pero la verdad es que estas invenciones se hacen gradualmente y actúan más bien en el sentido de proporcionar nuevos empleos al capital, que se ahorra y acumula, que en el de desviar el capital de sus actuales inversiones»²⁸.

Precisamente, será ese aumento del ahorro de los capitalistas lo que, en opinión de Ricardo, podría remediar el daño que la introducción de máquinas inflige a la clase trabajadora. Mientras el capital se siga acumulando, un número cada vez mayor de trabajadores encuentra empleo en las nuevas condiciones creadas por el desarrollo tecnológico, lo que potencialmente puede propiciar la recuperación del nivel de empleo: «Pero con cada aumento de capital se empleará un número mayor de trabajadores, y, por tanto, una parte del pueblo despedida del trabajo en el primer momento volvería a ser empleada; y si el aumento de la producción, a consecuencia del empleo de maquinaria, fuese tan grande que

²⁴ LE BAS, 1982, p. 50.

²⁵ La siguiente cita abunda en esta idea: «Si empleaba en mi granja 100 hombres, y si veo que puedo destinar los alimentos de 50 hombres a tener caballos, con los cuales obtenga una cantidad mayor de productos del suelo, después de deducir los intereses del capital invertido en la compra de los caballos, entonces sería ventajoso para mí hacer esa sustitución, y la haría realmente» [RICARDO, 1973, p. 329].

²⁶ *Idem*, pp. 324-326.

²⁷ La opinión ampliamente extendida entre los que han escrito sobre estos autores tiende a considerar esta segunda proposición como la más pertinente en el análisis ricardiano, puesto que tanto Ricardo como, y a partir de él, los demás autores clásicos, operaban con coeficientes de producción fijos [A modo de ejemplo, ver: SCHUMPETER, 1971/b, pp. 751-2, nota; HICKS, 1969, pp. 150-156].

²⁸ RICARDO, 1973, p. 329.

suministrase en la forma de producto neto la misma cantidad de alimentos y artículos de necesidad como la que existía antes en la forma de producto bruto, habría la misma posibilidad de emplear a toda la población y, por tanto, no habría necesariamente un exceso de la misma»²⁹.

Este aumento del ahorro proviene de los beneficios. Y, como sabemos, el nivel adecuado de beneficios que permite proseguir con la acumulación es consecuencia (aparte de ese «sobrebeneficio» inicial arriba mencionado) de un descenso en los salarios debido, en primer lugar, al desequilibrio entre la oferta y la demanda de trabajo (puesto que ha habido una conversión de «capital salarial» en «capital tecnológico») y, en segundo lugar, a la desvalorización de los «bienes-salario» (dado que los precios de las mercancías habrán disminuido), todo ello como consecuencia directa de la utilización de maquinaria³⁰.

Thomas Robert Malthus abandona los fundamentos del análisis ricardiano, puesto que admitía una evolución paralela y del mismo sentido entre el nivel de salarios y la tasa de beneficios y confiaba en que la mecanización pudiera reducir los precios³¹, lo cual permitiría una ampliación del mercado y, por consiguiente, una mayor demanda de mano de obra: «Cuando se inventa una máquina que, al ahorrar trabajo, lleve al mercado productos más baratos que antes, el efecto más usual es que se amplíe hasta tal punto la extensión de la demanda de la mercancía, por

²⁹ *Idem*, pp. 325-326. Idea que Ricardo reitera cuando afirma que «he advertido antes que el aumento de los ingresos netos, ..., conducirá a nuevos ahorros y acumulaciones. Se recordará que estos ahorros son anuales y que tienen que crear un fondo mucho mayor que los ingresos brutos perdidos con la invención de la maquinaria, lo que hará aumentar la demanda de trabajo hasta que sea tan grande como antes» [*Ibid.*, pp. 330-331].

³⁰ Como puede verse, el análisis que hace Ricardo del progreso técnico no está exento de ambigüedades y de «aparentes» contradicciones. Tan claro es esto que, por ejemplo, dos autores tan poco sospechosos como Marx y Schumpeter encuadran a Ricardo en polos opuestos en el tema del impacto del cambio técnico en la clase trabajadora. Para Schumpeter, Ricardo es «el poder de la teoría de la compensación» [SCHUMPETER, 1971/b, p. 754], mientras que Marx lo excluye expresamente cuando arremete contra los autores clásicos que defendían tal teoría [MARX, 1975/a, p. 639, nota]. Nosotros hemos tratado de reflejar aquello que un recién llegado al mundo de la economía clásica puede aprehender de la lectura de los «Principles» ricardianos, huyendo conscientemente de toda especulación sobre lo que, en nuestra opinión, el ínclito Ricardo «quiso decir» o «tenía en mente».

³¹ Esta idea está desarrollada de una forma general en las secciones III y IV del capítulo V («De las utilidades del capital») en su obra *Principios de Economía Política* [MALTHUS, 1946, pp. 221-260]. En ese sentido, en un momento Malthus apunta concretamente: «Al ser grande la productividad del trabajo, si se decidiera casi el total producido entre salarios y utilidades, los trabajadores podrían obtener una gran cantidad de producto, quedando al mismo tiempo una proporción suficiente del total para dar grandes utilidades, y en tal caso serían elevados simultáneamente los salarios y las utilidades» [*Idem*, pp. 230-231].

ponerse al alcance de un número mayor de compradores, que el valor total de lo producido por la nueva máquina exceda en mucho el de la cantidad total que se obtenía antes; y, a pesar del ahorro de trabajo, la fabricación exige más brazos»³².

Por otro lado, no deja de insistir en la necesidad de instaurar un mercado apropiado³³, a falta del cual las invenciones serían menos ventajosas, puesto que «cuando el consumo de la mercancía a la que se aplica la maquinaria no es susceptible de aumentar con su baratura, ya no es tan grande ni seguro el aumento de riqueza que puede derivarse de ella»³⁴.

Según lo anterior, las invenciones no serían adoptadas sino en el caso que permitan acrecentar los beneficios; estos beneficios más altos significan un mayor nivel de ahorro, lo que se traduce en un mayor nivel de crecimiento de la economía en su conjunto, lo que conlleva, en un plazo suficientemente largo, al fin, a un incremento del empleo³⁵. Por lo tanto, «en realidad pueden esperarse grandes ventajas del aumento de la maquinaria, y hay pocos motivos para suponer que se derive de ellas algún mal permanente»³⁶.

Y de ahí que se pueda afirmar que la argumentación *malthusiana* sobre el cambio técnico, aparte de discurrir de una forma muy general y dentro siempre de la vista puesta en el largo plazo, apunta hacia un desarrollo tecnológico exterior al propio proceso productivo y como consecuencia de alguna innovación que **altere** las posibilidades técnicas existentes hasta ese momento, puesto que Malthus siempre habla de «invenciones», de «novedades» técnicas. Un desarrollo tecnológico que, además, parece llevarse a cabo no de forma gradual, como reconocía Ricardo (*vid supra*), sino brusca y repentinamente. Y que, nosotros sepamos, este no era el caso del capitalismo de la primera mitad del siglo XIX.

En definitiva, apuntaremos alguna idea a modo de visión sintética de cuanto hemos expuesto en relación a estos autores, no sin una cierta reserva, motivada por la evidencia clara de que, entre sus discursos teóricos, no existía una opinión unánime y en el mismo sentido sobre los efectos del «maquinismo» en la actividad productiva y en las variables de la distribución, aunque sí se puede apreciar un cierto hilo de conexión entre todos ellos, mejor cuanto más se estudie ese segundo efecto (sobre las variables de la distribución).

³² *Ibid.*, pp. 295-6.

³³ «Puede aplicarse a los inventos y al trabajo manual la misma ley. Ambos están comprendidos bajo el epígrafe de facilidades a la producción; y no pueden utilizarse los dos en toda su capacidad a menos que el aumento de la oferta que les acompaña vaya unida a una extensión adecuada del mercado» [*Ibid.*, p. 295].

³⁴ *Ibid.*, p. 296.

³⁵ *Ibid.*, libro 11, cap. 1. sec. III y V.

³⁶ *Ibid.*, p. 302.

Y es que, creemos, hay indicios suficientes como para pensar que los autores clásicos entienden, casi exclusivamente, el progreso técnico como cambios operados en las «funciones de producción», aunque también puede afirmarse (con un énfasis menor, si se quiere) que son conscientes de la existencia de un progreso técnico que no sea novedad para los capitalistas y que, si no se ha utilizado antes, es por una simple cuestión de rentabilidad, de precios relativos. La controvertida observación de Ricardo sobre la competencia constante entre las máquinas y el trabajo es un claro exponente de ello.

Para estos autores el progreso técnico, sea de la índole que sea, reduce los precios de las mercancías, sustituye a una parte de la mano de obra y constituye un factor de crecimiento importante para la economía de un país. Será precisamente ese desarrollo, a largo plazo, lo que permita contratar a todos los desempleados, bien por la caída de los salarios, bien por la de los precios de las mercancías o por ambas al unísono.

No obstante lo anterior y complementándolo, en general, no creen que a pesar de una caída de los precios, en el corto plazo, se logre una compensación significativa de los empleos perdidos con la introducción de máquinas. Y poco más, puesto que sus preocupaciones analíticas apuntaban hacia otros derroteros más relacionados con otras variables macroeconómicas como pueden ser la distribución y el ingreso y más acordes con sus orígenes moralistas o religiosos, como ya se ha dicho.

2. Karl Marx, el binomio «ciencia-técnica» y la dinámica de la acumulación

«La horda de los descontentos, que se creía invenciblemente atrincherada detrás de la viejas líneas de la división del trabajo, se vio atacada por el flanco, con todos sus medios de defensa destruidos por la moderna táctica mecánica. No tuvo más remedio que rendirse sin condiciones... Esta máquina [se refiere a la "self-acting mule"] estaba llamada a restablecer el orden entre las clases industriales. Este invento vino a confirmar la tesis ya demostrada por nosotros de que el capital, cuando pone a su servicio a la ciencia, reduce siempre a razón la mano rebelde del trabajo.»

Andrew Ure, *The Philosophy of Manufactures*, 1833

Toda investigación social ha de partir de una visión ideológica que la inspire. Karl Marx pensaba que la historia humana no es el resultado de la necesidad sino de los esfuerzos y la lucha de la humanidad, sometidos a serias restricciones. «Lo que de por sí nos interesa, aquí, no es precisamente el grado más o menos alto de desarrollo de las contradicciones so-

ciales que brotan de las leyes naturales de la producción capitalista. Nos interesan más bien *estas leyes de por sí*, estas *tendencias*, que actúan y se imponen con férrea necesidad»³⁷. Marx otorga, sin duda, un lugar preeminente a los factores económicos en su análisis de la sociedad entendida como una totalidad dinámica y articulada. Este estudio de los factores socioeconómicos le permitirá indagar en el funcionamiento y evolución de unas estructuras que, aunque resultado de la actividad humana, limitan a su vez, el papel jugado por la humanidad.

El desarrollo capitalista ocupa el centro del pensamiento económico de Marx. Si bien es cierto, para él, que el capitalismo tiene una increíble capacidad para renovar continuamente los medios de producción³⁸, no lo es menos que este sistema ni busca la satisfacción de las necesidades ni produce bienes en tanto que portadores de un valor de uso, sino que el intercambio se produce porque los bienes tienen un valor de cambio, lo que da lugar, al fin, al beneficio, a la ganancia para los propietarios de los medios de producción. Y, dado que el valor de cambio surge de la esfera de la producción, es allí donde habrá que buscar los mecanismos que posibilitan tal proceso³⁹. Esta es su diferencia básica y radical con relación a la Economía Política imperante en su época y hacia la incapacidad de ésta, para analizar y explicar estos fenómenos, van dirigidas la mayor parte de sus ataques y críticas⁴⁰.

Es aquí donde surge su particular visión de la teoría del valor. Una teoría que permite homogeneizar las diferentes mercancías heterogéneas dentro de la producción, de tal forma que cuando salgan a la esfera de la circulación, éstas sean comparables e intercambiables. Propone, como es sabido, el trabajo como única fuente de valor⁴¹, de tal forma que el valor

³⁷ MARX, 1975/a, p. XIV.

³⁸ «La burguesía no puede existir sin la condición de revolucionar incesantemente los instrumentos de producción y, por consiguiente, las relaciones de producción, y con ello todas las relaciones sociales» [MARX y ENGELS, 1985, p. 39].

³⁹ «En la presente obra nos proponemos investigar el régimen capitalista de producción y las relaciones de producción y circulación que a él corresponden» [MARX, 1975/a, p. XIV].

⁴⁰ «La Economía Política oculta la enajenación esencial del trabajo porque no considera la relación inmediata entre el trabajador (el trabajo) y la producción» [MARX, 1981, pp. 1.078]. Esta y otras críticas resultan patentes en multitud de ocasiones en la literatura de Karl Marx [en especial, MARX, 1981, p. 103 y ss. y MARX, 1975/a, pp. 44, 45, 245, 454, 496, etc.]. Para una visión condensada y bastante sistematizada de esta cuestión puede verse UREÑA, 1977, cap. IV.

⁴¹ «... Un valor de uso, un bien, sólo encierra un valor por ser encarnación o materialización del trabajo humano abstracto» [MARX, 1975/a, p. 6]. Marx, a diferencia de los economistas clásicos ya estudiados, realiza una clara distinción entre «trabajo» y «fuerza de trabajo». Así, «entendemos por capacidad o fuerza de trabajo el conjunto de las condiciones físicas y espirituales que se dan en la corporeidad, en la personalidad viviente de un hombre y que éste pone en acción al producir valores de uso de cualquier clase» [*Idem*, p. 121], mientras que «el uso de la fuerza de trabajo es el trabajo mismo» [*Ibid.*, p. 130].

de cambio de una mercancía se determina por la cantidad de trabajo que es socialmente necesario emplear para su producción⁴². La fuerza de trabajo, como cualquier otra mercancía también tiene un valor: el socialmente necesario para su reproducción.

La teoría del valor-trabajo entendida de esta manera implica, cómo no, una teoría de la explotación ligada a la apropiación de la parte de trabajo no remunerada, de la plusvalía⁴³, por parte de una de las clases sociales, la capitalista, de una parte del valor generado por la otra clase social, los trabajadores, los que, desposeídos de casi todo, no les queda más remedio para sobrevivir que plegarse a las condiciones que imponen los primeros.

Desde esta base, Marx contempla el devenir del capitalismo como un proceso de acumulación, en el que la introducción del progreso técnico a través de la inversión en capital fijo como forma más utilizada, altera y transforma continuamente los métodos de producción y, lo que no es menos importante, las relaciones sociales. El deseo de valorizar el capital es el gran impulsor del sistema. Las fuerzas de la competencia obligan a los capitalistas, si quieren sobrevivir a la vorágine, a acumular, a dedicar una parte de la plusvalía a expandir constantemente su capital para así preservarlo. Y obliga a cada capitalista individual a abaratar las mercancías, reduciendo los costes de producción, con el fin de obtener unos beneficios diferenciales, transitorios. Los que no actúen de esta manera serán eliminados, desaparecerán.

Para ello, el capital tratará de aumentar la productividad del trabajo con unos medios de producción dados o modificando los métodos de producción gracias a una mecanización creciente; en definitiva, tenderá a aumentar las tasas de plusvalía que miden el grado de explotación de la fuerza de trabajo, bien sea incrementando la plusvalía absoluta, bien sea aumentando la tasa de la plusvalía relativa o las de ambas al unísono. Como veremos más adelante, de las posibles alternativas que se les

⁴² «... Lo que determina la magnitud de valor [de cambio] de un objeto no es más que la cantidad de trabajo socialmente necesario, o sea el tiempo de trabajo socialmente necesario para su producción» [MARX, 1975/a, p. 7].

⁴³ «La plusvalía producida mediante la prolongación de la jornada de trabajo es la que yo llamo plusvalía absoluta; por el contrario, a la que se logra reduciendo el tiempo de trabajo necesario, con el consiguiente cambio en cuanto a la proporción de magnitudes entre ambas partes de la jornada de trabajo [se refiere a las proporciones entre trabajo remunerado por el salario y trabajo suplementario no remunerado], la designo como plusvalía relativa» [MARX, 1975/a, pp. 252-3]. De aquí se deriva que cada capitalista individualmente no tiene control sobre la capacidad de producir plusvalía relativa, por cuanto que ello depende de un conjunto de interrelaciones sociales, entre otras, del salario real socialmente determinado.

presentan a los capitalistas, será la introducción de innovaciones técnicas la más factible a medida que la clase obrera y las instituciones sociales vayan ganado posiciones a lo largo de la Historia.

He ahí el por qué de que el progreso técnico resulte fundamental en el análisis de Marx, tanto del proceso de producción como del proceso de acumulación capitalistas. Veamos esto con algo más de detalle.

Según sus palabras, si lo entendemos como «unidad de proceso de trabajo y proceso de creación de valor, el proceso de producción es un proceso de producción de mercancías; como unidad de proceso de trabajo y de proceso de valorización, el proceso de producción es un proceso de producción capitalista»⁴⁴, es decir, la forma capitalista de producción de mercancías, como forma histórica y determinada de producción. Puesto que el proceso de trabajo se objetiviza en un proceso de valorización del capital⁴⁵, la técnica no debe considerarse ya tan sólo un simple medio de trabajo, sino un soporte básico para la extracción de plusvalía. En este contexto y, sin pretender agotar todas las posibilidades, Marx entiende el papel del progreso tecnológico desde una triple vertiente.

En primer lugar, la técnica es una relación social determinada⁴⁶. La técnica considerada como objeto material, «como maquinaria», como valor de uso, no es neutra. Es el resultado de relaciones sociales y viene determinada, por lo tanto, por las condiciones concretas de valorización del capital. Además, si nos atenemos a su evolución, no es el nivel de desarrollo tecnológico lo que determina su aplicación, sino su adecuación histórica como soportes de la extracción de plusvalía. Serán, en definitiva, las relaciones sociales de producción las que determinen el uso de una u otra tecnología socialmente disponible⁴⁷.

⁴⁴ MARX, 1975/a, p. 147.

⁴⁵ «Le procès de travail lui-même n'est toutefois que le moyen du procès de valorisation, tout comme la valeur d'usage du produit n'est que le support de sa valeur d'échange» [MARX, 1971, p. 143].

⁴⁶ «La maquinaria, ..., sólo funciona en manos del trabajo directamente socializado o colectivo» [MARX, 1975/a, p. 316].

⁴⁷ Esta afirmación no se encuentra tan explícita —que sepamos— en las obras de Marx, pero sí se desprende de la lectura de la parte dedicada a la «maquinaria y gran industria» en el tomo I de *El Capital*. Ahí van dos frases ilustrativas. «El límite de aplicación de la maquinaria reside allí dónde su propia producción cuesta menos trabajo que el trabajo que su empleo viene a suplir» [MARX, 1975/a, p. 322]. Más adelante ejemplariza. «Los yanquis han inventado máquinas para picar piedra. Los ingleses no la utilizan porque al “desdichado” que ejecuta este trabajo se le paga una parte tan insignificante de su labor, que la maquinaria no haría más que encarecer la producción para el capitalista. (...) Por eso en ningún lugar del mundo se advierte un derroche más descarado de fuerza humana para trabajos ínfimos que en Inglaterra, que es el país de la maquinaria» [*Idem*, p. 323].

En segundo lugar, y como se ha dicho ya, la técnica es soporte básico de los incrementos de productividad y de la intensidad del trabajo. Como se sabe, el capitalista no remunera más que la fuerza de trabajo adquirida por un tiempo determinado. Por lo tanto, todo desarrollo tecnológico permite variar las magnitudes entre trabajo necesario y trabajo excedente, es decir, permite modificar las tasas productividad y de plusvalía absoluta y/o relativa en favor de los detentadores de los medios de producción. «Si la maquinaria es el instrumento más formidable que existe para intensificar la productividad del trabajo, es decir, para *acortar el tiempo de trabajo* en la producción de una mercancía, como *depositaria del capital*, comienza siendo, en las industrias de que se adueña directamente, el medio más formidable para *prolongar la jornada de trabajo* haciéndola rebasar todos los límites naturales.»⁴⁸ Pero esta vía tiene unos límites concretos, ya que «la *prolongación desmedida de la jornada de trabajo* ... provoca al cabo de cierto tiempo, ... una *reacción* de la sociedad, ... y esta reacción acaba imponiendo una *jornada normal de trabajo limitada por la ley*. Y ésta, a su vez, hace que se desarrolle y adquiera importancia decisiva un fenómeno...: la *intensificación del trabajo*»⁴⁹.

Y por último, al observar los efectos de la técnica en el proceso de trabajo mismo, el maquinismo no sólo transforma la división del trabajo, sino que aparece como un instrumento de control sobre el trabajador y de reducción del saber obrero. La introducción de un maquinismo creciente en la esfera de la producción tiene como consecuencia directa una división del trabajo más profunda, con una mayor parcelación de las tareas, coordinadas de manera autoritaria y jerárquica por la necesidad imperante ya del trabajo colectivo.

Esta parcelación lleva aparejada una pérdida total de autonomía por parte del trabajador individual no sólo de sus movimientos ahora supeditados, impuestos y controlados por los de una máquina, sino del propio trabajo que desarrolla. Además, a su vez, esta descomposición creciente de las tareas en trozos cada vez más insignificantes, provoca una pérdida paulatina de cualificación de la fuerza de trabajo, en la formación y en su reproducción, supeditadas a las estrictas exigencias de la máquina, en definitiva, del capital. Y, lo que no es menos, provoca una profunda separación también entre una fuerza de trabajo «sobrecualificada» de reducido

⁴⁸ MARX, 1975/a, p. 331.

⁴⁹ *Idem*, p. 336. Más explícitamente, Marx sostiene que «a partir del momento en que se cerraba el paso para siempre a la producción intensiva de plusvalía mediante la prolongación de la jornada de trabajo, el capital se lanzó con todos sus bríos y con plena conciencia de sus actos a producir plusvalía relativa, acelerando los progresos del sistema maquinista» [MARX, 1975/a, p. 337]. En definitiva, «el resultado más inmediato de la maquinaria es el aumento de la plusvalía y, con ella, de la masa de producción en que toma cuerpo» [*Idem*, p. 370].

número, ligada a ciertos aspectos de la producción (organización, concepción del trabajo, de las tareas, reparación, ...) y otra fuerza de trabajo, más numerosa, sin cualificación alguna⁵⁰.

Desde un punto de vista más genérico y a más largo plazo, es decir, desde la óptica del proceso de acumulación en su conjunto, la utilización creciente que el capital hace del progreso técnico, tiene también importantes implicaciones para Karl Marx, todas ellas relacionadas mediante un hilo conductor común: la acumulación no puede mantenerse de forma duradera si no es porque se están aplicando y renovando todo un conjunto de técnicas —de progreso tecnológico si se prefiere— que transforman constantemente los medios de producción.

Una de estas implicaciones tiene que ver con el mercado de trabajo. Dado que el progreso técnico en el capitalismo provoca un alza en la composición orgánica del capital⁵¹, al producirse una reducción del capital variable con relación al constante⁵², la acumulación capitalista conlleva una reducción en el empleo, lo que contribuye a engrosar el «ejército industrial de reserva», un contingente disponible, listo para ser utilizado (¿explotado?) a medida que las necesidades del capital y su acumulación así lo requieran, expandiendo nuevas ramas de producción sin que ello afecte negativamente a las ya establecidas⁵³. Este fenómeno es algo intrínseco al modo capitalista de producción y para el que Marx negaba la existencia de mecanismos de compensación automáticos para absorber esa «superpoblación relativa», como parecen sugerir los autores clásicos ya vistos⁵⁴.

Por otro lado, la creciente composición orgánica del capital junto con el estancamiento de la tasa de plusvalía a lo largo del tiempo, es también

⁵⁰ Estas y otras ideas sobre los efectos de la técnica en la división del trabajo y viceversa, quedan patentemente reflejadas en el capítulo XIII del primer libro de *El Capital*, dedicado a «la maquinaria y a la gran industria» [MARX, 1975/a, pp. 302 y ss.] y en la crítica que a Proudhon le dedica en su *Miseria de la Filosofía* [MARX, 1974, pp. 197 y ss.].

⁵¹ Como se sabrá, la composición orgánica del capital no es más que la relación entre el capital constante y el variable, es decir, entre el valor de los medios de producción y el valor de la fuerza de trabajo empleada. En un lenguaje no muy técnico, «la composición orgánica del capital es una medida de la amplitud en la que el trabajo es provisto de materiales, instrumentos y maquinaria en el proceso productivo» [SWEETZ, 1979, p. 78].

⁵² «La acumulación del capital, que al principio sólo parecía representar una dilatación cuantitativa, se desarrolla, ..., en un constante cambio cualitativo de su composición, haciendo aumentar incesantemente el capital constante a costa del capital variable» [MARX, 1975/a, p. 532]. Karl Marx opinaba en base a sus observaciones de la evolución del maquinismo, sobre todo en la Inglaterra de la época que le tocó vivir, que las innovaciones tecnológicas en su conjunto eran ahorradoras de mano de obra, aunque no descartaba la posibilidad de un sesgo ahorrador del capital constante [Ver MARX, 1975/c, pp. 91-115].

⁵³ Ver MARX, 1975/a, pp. 535 y ss.

⁵⁴ *Idem*, pp. 363 y ss.

la clave de la denominada «ley de la tendencia decreciente de la cuota de ganancia»⁵⁵, uno de los aportes teóricos más severamente criticados, por su presunto incumplimiento, del análisis *marxiano*. Su argumentación es bien sencilla: las innovaciones sustituyen trabajo por máquinas, con menos trabajo que explotar, la tasa de beneficios desciende, ante lo cual, los capitalistas intentan nuevas técnicas y acometen nuevas inversiones que llevan al mismo resultado. Contra el desarrollo general de esta ley, nuestro autor detectó toda una serie de contratendencias (aumento de la tasa de plusvalía, abaratamiento del capital constante como consecuencia del mismo cambio técnico, abaratamiento del transporte, el comercio exterior, inversiones en el exterior, ...) que, aunque no contrarrestan totalmente la mencionada ley, sí la limitan a no más que una simple tendencia⁵⁶.

Este proceso reiterativo sumado al anterior referente al «ejército de reserva», lejos de propiciar una cierta estabilidad al sistema, conlleva la acentuación de las divergencias tanto desde el punto de vista social como desde el económico. Así, en el largo plazo, la mayor exigencia de capitales refuerza una centralización y una concentración crecientes de éstos, al perder el tren de la competencia muchos de los pequeños capitalistas y aunque este desarrollo de las fuerzas productivas implique una mayor demanda de mano de obra, siempre, como hemos visto, existirá un contingente disponible que limitará el crecimiento del salario real por encima de un nivel mínimo de subsistencia, lo que agrava las tensiones sociales. «*Cuanto mayores son la riqueza social, el capital en funciones, el volumen y la intensidad de su crecimiento y mayores también, por tanto, la magnitud absoluta del proletariado y la capacidad productiva de su trabajo, tanto mayor es también el ejército industrial de reserva. (...) Tal es la ley general, absoluta, de la acumulación capitalista. (...) Esta ley determina una acumulación de miseria equivalente a la acumulación de capital*»⁵⁷.

⁵⁵ «Llegaremos necesariamente a la conclusión de que este incremento gradual del capital constante en proporción al variable tiene como resultado un descenso gradual de la cuota general de ganancia, siempre y cuando que permanezca invariable la cuota general de plusvalía, o sea, el grado de explotación del trabajo por el capital» [MARX, 1975/c, p. 214].

⁵⁶ Ver MARX, 1975/c, caps. XIV y XV.

⁵⁷ MARX, 1975/a, pp. 546-7. Discursos similares se encuentran en otros textos de Marx: «Cada día resulta entonces más claro que las relaciones de producción, dentro de las cuales se mueve la burguesía, no tienen un carácter único, sino un carácter de duplicidad; que en las mismas relaciones en las cuales se produce la riqueza se produce también la miseria; que en las mismas relaciones en las cuales existe desarrollo de las fuerzas productivas existe una fuerza productiva de presión contraria; que estas relaciones sólo producen la riqueza burguesa, es decir, la riqueza de la clase burguesa, que aniquilan continuamente la riqueza de algunos miembros que integran esta clase y producen un proletariado siempre creciente» [MARX, 1974, p. 192]. Para una explicación exhaustiva de lo expuesto en el presente párrafo, puede leerse el cap. XXIII de esa misma obra [*Idem*, pp. 517-606].

Para completar esta sintética visión del pensamiento de Karl Marx sobre la influencia de la Técnica en la dinámica de la acumulación, debemos de referirnos al modo en que nuestro autor trata el tema de la Ciencia y su progreso. No es esta una cuestión fácil, por cuanto que el análisis que de este tema hace Marx se encuentra desperdigado por toda su obra y no conforma no ya una unidad de análisis, sino que tampoco existente una sola vertiente. Sin entrar en otro tipo de cuestiones, sin duda importantes, pero que nos alejarían de nuestro propósito, abandonaremos las cuestiones referidas a Marx como «sociólogo de la Ciencia»⁵⁸, para centrarnos brevemente en la idea de «la Ciencia como fuerza productiva».

En ese solo sentido, en el pensamiento *marxiano* la Ciencia debe entenderse como una actividad social que responde a las necesidades específicas que surgen de la esfera de la producción⁵⁹. Son las necesidades cambiantes de ésta las que determinan la dirección del progreso científico, por lo que, tarde o temprano, la Ciencia cae absorbida bajo el control del capital y convertida, de esta manera, en una fuerza productiva más. Así es como entre Ciencia y producción capitalista se establecen relaciones recíprocas, por las cuales, mientras la Ciencia ofrece una fuerza productiva dinámica de excepción, la producción capitalista ofrece a la Ciencia nuevas posibilidades materiales de elementos para el progreso en la investigación. Esta idea nos lleva a otra, aquella según la cual la Técnica habrá de entenderse como Ciencia aplicada, como algo que no se contrapone a la Ciencia básica. Pero ello no insta para que la Ciencia no sea entendida como un elemento fuera del sistema normal de trabajo, al basarse su producción en las características especiales de la productividad del científico⁶⁰.

Sin embargo, ni esta clara visión ni el hecho de ser consciente de que la evolución moderna de la Ciencia requiere trabajo en equipo, le llevaron a advertir que el tipo de organización de la Ciencia en las economías

⁵⁸ Estas cuestiones pueden verse en SACRISTÁN, 1983.

⁵⁹ «Se ve cómo la historia de la industria y la existencia, que se ha hecho objetiva, de la industria, son el libro abierto de las fuerzas humanas esenciales, ... Pero en la medida en que, mediante la industria, la Ciencia natural se ha introducido prácticamente en la vida humana, la ha transformado ... La industria es la relación histórica real de la naturaleza (y, por ello, de la Ciencia natural) con el hombre; ... con ello pierde la Ciencia natural su orientación abstracta, material, o mejor idealista, y se convierte en base de la ciencia humana, del mismo modo que se ha convertido ya (aunque en forma enajenada) en base de la vida humana real» [cfr. MARX, 1981, pp. 151-2].

⁶⁰ «La ciencia no le cuesta al capitalista absolutamente “nada”, pero no impide que la explote. El capital se apropia de la ciencia “ajena”, ni más ni menos que se apropia del trabajo de los demás» [MARX, 1975/a, p. 316 y nota].

capitalistas se asemejase a la de una rama más de la producción, con sus correspondientes asignaciones de recursos y criterios de rentabilidad⁶¹.

No cabe duda de la especial significación que tiene la aportación de Marx aquí relatada. Sin embargo, algunos aspectos han sido duramente criticados, en especial los que tienen que ver con la dinámica de la acumulación. Su visión «fatalista» del capitalismo y el no cumplimiento, al menos en el plazo previsto inicialmente por él, del estancamiento en virtud de sus contradicciones internas y posterior superación del modo capitalista de producción, ha sido suficiente argumento para invalidar toda su teoría por lo menos para algunos autores, muchos quizás. Basta con echar una ojeada al tipo de análisis convencional y al tipo de Economía Política que se explica hoy día en nuestras escuelas para darnos cuenta de esta apreciación. Y ello a pesar de que autores tanto contemporáneos como posteriores han intentado suavizar, corregir o justificar tales posiciones de Karl Marx, propiciando toda una letanía de polémicas inagotables y que resurgen de vez en cuando⁶². No obstante, es difícil dudar de la capacidad para ver más hondo que la totalidad de sus contemporáneos

⁶¹ Un buen estudio del pensamiento de Karl Marx, como es Manuel Sacristán, advierte que «las agudas y anticipatorias observaciones de Marx acerca de la organización del trabajo científico en el capitalismo maduro... coexisten con rasgos de una concepción de la ciencia propia de los grandes pioneros solitarios» [SACRISTÁN, 1983, p. 24].

⁶² A modo de ejemplo, sólo de ejemplo, mencionaremos cuatro de estas controversias. Porque entrar en el campo de las polémicas surgidas (o no) a partir de los trabajos originales, a veces inacabados de Marx (hay hasta polémicas en torno a cuáles fueron sus trabajos originales, o si era o estaba «viejo» o «joven» cuando tal o cual cosa escribió, o...), sería materia para varios trabajos. Primera disputa académica, la denominada «controversia sobre el derumbe», es decir, si son las crisis el «memento mori» del capitalismo, en la que han participado, entre otros, P. Sweezy, L. Boudin, R. Luxemburgo, E. Bernstein, R. Hilferding, H. Cunow, K. Kaustki, M. Tougan-Baranowski, C. Schmidt, ... y en la que, de manera leve, nosotros también participaremos [como planteamiento general e inicial de la cuestión, ver SWEETZ, 1979, pp. 211 y ss.; de ahí hemos tomado prestado el latínajo]. Dos, la referida a la «tendencia descendente de la tasa de ganancia», a partir de algunos trabajos de P. Sweezy, J. Robinson, R.L. Meek, R. Rosdolsky, J.E. Roemer, I. Steedman, A.A. Konüs, G. Hogdson, N. Okishio, ... [ver entre otros muchos, A.A. V.V., 1978]. La tercera, la referente al famoso «ejército industrial de reserva», visión esta de la «miseria de la clase obrera» muy criticada por la teoría económica convencional, sobre todo, los que defienden el pleno empleo, en ... sus modelos pseudomatemáticos del equilibrio. Y cuatro, ésta ya más técnica, la relacionada con el célebre problema inacabado de la «transformación de los valores en precios», en general una disputa entre «teóricos del valor», ricardianos, neoricardianos y otros allegados, como pueden ser E. von Böhm-Bawerk, L. von Bortkiewicz, J. Winternitz, F. Seton, M. Morishima, P. Sraffa, R.L. Meek, ... [ver, precisamente, MEEK, 1980, caps. 5, 6 y 7]. Sobre estas y otras cuestiones de la teoría marxista, aparte de otras referencias puntuales contenidas en los trabajos ya citados, y a fin de no alargar innecesariamente la lista, pueden verse también de manera introductoria los artículos contenidos en VEGARA (ed.), 1982.

en su descenso por el mundo de la producción capitalista y las relaciones que en él se generan. La validez de su enfoque y del método empleado, así como los datos aportados en sus obras, tienen tal potencia descriptiva y de análisis a nuestro juicio, que algunas de sus conclusiones o resultados (en general, los que tienen que ver con los cambios técnicos y la evolución del capitalismo) tienen vigencia hoy día, aunque claro está, con las necesarias «actualizaciones»⁶³.

3. Joseph A. Schumpeter y su «visión» del desarrollo económico y de la innovación

«Schumpeter sigue siendo por excelencia el filósofo mundano del capitalismo maduro, pero no comprende que el punto más distante al que alcanza su pensamiento no es un final de línea, sino un horizonte»

Robert L. Heilbroner, «¿Tenía razón Schumpeter?», 1983

Joseph Alois Schumpeter fue un economista un tanto singular. Preocupado como estaba por los factores que condicionan el desarrollo económico, era consciente de la naturaleza dinámica, transformadora y evolutiva del capitalismo⁶⁴. A lo largo de su densa producción científica intentó ofrecer siempre una teoría pura del cambio económico que no se apoyara meramente en factores externos y donde el desarrollo no fuera un apéndice de la economía estática, sino el tema central.

Su obsesiva concepción de la evolución económica como un proceso dinámico diferenciador en sí mismo y engendrado por el propio sistema económico es, precisamente, la que le aísla y distingue de los teóricos ortodoxos de su tiempo y de sus predecesores —si exceptuamos, como él mismo hace, a Karl Marx—, ya que le apartan de las tesis defendidas por los economistas neoclásicos de principios del actual siglo y, más aún, de las sostenidas por John Maynard Keynes y sus discípulos. Como el propio Schumpeter reconoce, «desde 1907, época en que yo empecé a trabajar sobre este tema, ha ido aumentando mi convicción de que no basta con la teoría tradicional, no sólo porque no hace esfuerzo alguno por tratar el fenómeno de la evolución en su totalidad, sino porque en vez de esto trata de resolver por medio de esquemas estáticos y estacionarios,

⁶³ En este mismo sentido, ver BOYER y CORIAT, 1984, pp. 44-45.

⁶⁴ «El capitalismo es, por naturaleza, una forma o método de transformación económica y no solamente no es jamás estacionario, sino que no puede serlo nunca» [SCHUMPETER, 1963, p. 120].

fenómenos que no pueden existir bajo condiciones estáticas y que sólo aparecen en el proceso de evolución»⁶⁵. Y en otro lugar abunda en esta idea: «El punto esencial que hay que tener en cuenta consiste en que, al tratar del capitalismo, nos enfrentamos con un proceso evolutivo. Puede parecer extraño que alguien pueda desconocer un hecho tan obvio y que, además, fue hace bastante tiempo destacado por Karl Marx»⁶⁶.

El punto de partida de su reflexión teórica lo constituye el intento de superar la «teoría del equilibrio general» formulada por León Walras, por la que se sentía fascinado y a la que consideraba como el desarrollo teórico más brillante de la ciencia económica hasta entonces⁶⁷, pero a la que también le reconocía su incapacidad para explicar el desarrollo económico, fenómeno en esencia dinámico y que escapa a la naturaleza estática y estacionaria de la teoría de Walras⁶⁸.

Desde una óptica contraria a esta idea del «estado estacionario», Schumpeter analiza el desarrollo económico en los siguientes estrictos y excluyentes términos: «... entendemos por “desenvolvimiento” solamente los cambios de la vida económica que no hayan sido impuestos a ella desde el exterior, sino que tengan un origen interno»⁶⁹. Al hacer esta afirmación no pone en duda que cambien los fenómenos y las magnitudes económicas, a los que considera como simples procesos de adaptación, sino que sugiere que las causas de las transformaciones habría que buscarlas fuera de la esfera de los hechos descritos por la teoría económica, puesto que considera que «la economía —que carece de desenvolvimiento propio— está empujada por los cambios del mundo que la rodea»⁷⁰. Es decir, califica al «desarrollo» («desenvolvimiento») como un proceso endógeno, donde lo verdaderamente relevante son los cambios discontinuos (excluye claramente a los cambios endógenos continuos), las rupturas espontáneas de tipo cualitativo dentro del ciclo económico. Dichos

⁶⁵ *Idem*, 1.976, p. 10.

⁶⁶ SCHUMPETER, 1963, p. 120.

⁶⁷ «En último análisis, es posible que el sistema de Walras sea más que un enorme programa de investigaciones; pero incluso en este caso seguiría siendo, por su calidad intelectual, la base de casi todo el trabajo teórico de más categoría realizado en nuestro tiempo» [SCHUMPETER, 1971/b, p. 1115].

⁶⁸ «Pero cuando en mis comienzos estudié el concepto walrasiano y la técnica walrasiana, (deseo hacer constar que como economista le debo más que a ninguna otra influencia) descubrí no sólo que es rigurosamente estática en carácter (esto es evidente por sí mismo y ha sido señalado una y otra vez por el mismo Walras) sino también que es aplicable solamente a un proceso estacionario» [SCHUMPETER, 1937, pp. 163-4].

⁶⁹ SCHUMPETER, 1976, p. 74.

⁷⁰ *Idem*.

cambios no se producen del lado del consumo del proceso económico, sino del lado de la oferta⁷¹.

En este contexto, el rasgo característico predominante del desenvolvimiento económico es la introducción discontinua de nuevas combinaciones productivas⁷² (tanto de productos como de medios de producción), que rompen el equilibrio estacionario *walrasiano*. Este concepto de «nuevas combinaciones» abarca alguno de «los cinco casos siguientes: 1) La introducción de un nuevo bien —esto es, uno con el que no se hayan familiarizado los consumidores— o de una nueva calidad de un bien. 2) La introducción de un nuevo método de producción, esto es, de uno no probado por la experiencia en la rama de la manufactura de que se trate, que no precisa fundarse en un descubrimiento nuevo desde el punto de vista científico, y puede consistir simplemente en una forma nueva de manejar comercialmente una mercancía. 3) La apertura de un nuevo mercado, esto es, un mercado en el cual no haya entrado la rama especial de la manufactura del país de que se trate, a pesar de que existiera anteriormente dicho mercado. 4) La conquista de una nueva fuente de aprovisionamiento de materias primas o de bienes semimanufacturados, haya o no existido anteriormente, como en los demás casos. 5) La creación de una nueva organización de cualquier industria, como la de una posición de monopolio (por ejemplo, por la formación de un trust) o bien la anulación de una posición de monopolio existente con anterioridad»⁷³.

Como se ve, estos cinco casos expuestos por Schumpeter deben interpretarse ampliamente, puesto que no todas las innovaciones son de índole digamos, «tecnológico». Además, apenas si las modificó con el paso del tiempo (las actualizó a lo sumo), dotando a esta formulación de una cierta continuidad⁷⁴.

⁷¹ «Estas alteraciones espontáneas y discontinuas en los cauces de la corriente circular, y estas perturbaciones del centro de equilibrio, aparecen en la esfera de la vida industrial y comercial y no en la esfera de las necesidades de los consumidores de productos acabados» [SCHUMPETER, 1976, p. 75].

⁷² «El desenvolvimiento, en nuestro caso, se define por la puesta en práctica de nuevas combinaciones» [SCHUMPETER, 1976, p. 76].

⁷³ *Idem*, p. 77.

⁷⁴ Hay otras formulaciones básicamente coincidentes con esa casuística. La más distante de la ya enunciada y, como se verá, no tanto, quizás sea la reformulada en su obra *Business Cycles*: «Por cambios en los métodos de producción de mercancías entendemos un conjunto de hechos mayor que el que cubre la expresión en su sentido literal: incluimos la introducción de nuevas mercancías que pueden incluso ser utilizadas como en el caso estándar; el cambio tecnológico en la producción de mercancías que ya son utilizadas; la *Taylorización* del trabajo. La mejora en el tratamiento de materiales; el establecimiento de nuevas formas organizativas...; en definitiva, cualquier forma de “hacer las cosas de modo distinto” en la esfera de la vida económica. Todo son modalidades de lo que denominaremos por medio del término innovación» [ver SCHUMPETER, 1939, vol. II, pp. 86-87 y 93-95]. Estos mismos casos los refiere en *Capitalismo, Socialismo y Democracia* [SCHUMPETER, 1963, p. 122].

Es aquí donde aparece la figura central del «empresario» como el agente innovador que introduce esas nuevas combinaciones, lo que le permite obtener un beneficio diferencial y que sólo se pueden financiar después de recurrir con éxito a los bancos para crear dinero. Según sus propias palabras: «llamemos “empresa” a la realización de nuevas combinaciones y “empresarios” a los individuos encargados de dirigir dicha realización»⁷⁵. El empresario en el análisis schumpeteriano se mueve en un mundo de incertidumbre, luchando por romper las resistencias sociales a lo nuevo, con unas aptitudes psicológicas concretas, con unas dispersas y variadas motivaciones y encarna el cambio permanente y el dominio de los elegidos⁷⁶.

Sin embargo, este «empresario» no es quien asume el riesgo, puesto que, según la conceptualización de nuestro autor, no es un capitalista, ya que capitalista y empresario son dos agentes distintos, aunque puedan coincidir⁷⁷. Ni tampoco es quien concede el crédito⁷⁸, «fuente que sirve para financiar a menudo las nuevas combinaciones, y de donde tendrían que financiarse siempre⁷⁹». Nuestro autor es concluyente en este sentido, al minusvalorar el ahorro acumulado como posible medio financiero: «A pesar de que la respuesta convencional a nuestro problema no es absurda, existe, sin embargo, otro método de obtener dinero para esos propósitos y que exige nuestra atención, ... Este método de obtener dinero es la creación de poder de compra por los bancos. Carece de importancia la forma que pueda adoptar»⁸⁰.

Así pues, el empresario origina la transformación permanente y su finalidad esencial al hacerlo, aunque no la única, es la obtención del beneficio que la innovación puede proporcionarle. Para Schumpeter, el beneficio consiste en la diferencia entre el precio que alcanza una

⁷⁵ SCHUMPETER, 1976, p. 84.

⁷⁶ Nuestro autor le dedica unas cuantas páginas en sus escritos a perfilar y distinguir las características que debe cumplir un «empresario» [véase, por ejemplo, SCHUMPETER, 1976, pp. 85-105], y que en general están fundamentadas en la idea de las élites según la tradición de, entre otros, Thomas Carlyle y del idealismo alemán que sustenta dichos pensamientos [ver por ejemplo, CARLYLE, 1841].

⁷⁷ «El riesgo recae siempre indudablemente sobre el propietario de los medios de producción o del capital dinero que se pagó por ellos, y en consecuencia, nunca sobre el empresario como tal (...). Un accionista puede ser empresario. Puede incluso disponer del poder de actuar como empresario, ... Pero los accionistas no son nunca empresarios per se, sino meramente capitalistas, que participan en las ganancias por exponerse a pérdidas determinadas» [SCHUMPETER, 1976, p. 84, nota 11].

⁷⁸ «Quien concede el crédito sufre las pérdidas si fracasa la empresa» [*Idem*, p. 143].

⁷⁹ *Ibid.*, p. 83.

⁸⁰ *Idem*.

mercancía en el mercado y el costo de su producción. Así de simple: «La ganancia del empresario es un excedente sobre el costo»⁸¹. Se trata, además, de un beneficio **diferencial**, conseguido mediante alguna innovación que, o bien reduce el coste por debajo del nivel con el que trabajan las demás empresas, o bien permite precios más altos cuando se trate de un bien nuevo. Sin embargo, la aparición de estos beneficios diferenciales conlleva toda una serie de efectos imitativos por parte de otros empresarios competidores⁸², que adoptan la misma innovación o buscan otras nuevas, de modo que las inversiones de todos ellos elevaban el nivel de actividad económica en una fase de expansión.

Ello explica el hecho de que las innovaciones se presenten agrupadas (en «racimos») en el tiempo⁸³ y es lo que da un carácter meramente coyuntural y transitorio a los benéficos en cuestión, que desaparecerán después de un período más o menos largo de disminución progresiva⁸⁴, al aumentar la producción y caer los precios, dando lugar a la fase de recesión. Esta fase, la de recesión, es por tanto, resultado inevitable de la perturbación causada por el agrupamiento de las innovaciones en la fase anterior⁸⁵. Este es el fundamento del fenómeno denominado por Schumpeter como «destrucción creadora»⁸⁶ de capital, ya que antes de

⁸¹ *Ibid.*, p. 135.

⁸² Por lo tanto, la competencia no tiene lugar entre pequeñas empresas que producen los mismos bienes, que no tienen influencia aislada sobre el precio y que se encuadran dentro de una organización de mercado en competencia perfecta, como ocurre en el mundo que describe la *Teoría Neoclásica* de la secuencia «Walras-Marshall-Wicksell».

⁸³ «Tan pronto como han sido superados los diversos tipos de resistencia social a algo que es fundamentalmente nuevo y no probado, es mucho más fácil no sólo hacer lo mismo otra vez, sino hacer cosas similares en direcciones distintas, de manera que el primer éxito producirá siempre un agrupamiento» [SCHUMPETER, 1935, p. 138].

⁸⁴ *Idem*, cap. IV, pp. 135 y ss.

⁸⁵ «Como se demuestra por la típica alza general de precios y por la actividad igualmente típica del comercio de bienes de equipo; en la fase de prosperidad del ciclo de los negocios, las innovaciones se hallan densamente agrupadas. De hecho tan densamente que la perturbación resultante produce un período distinto, de ajuste (que es precisamente en lo que consiste la fase de depresión del ciclo económico)» [SCHUMPETER, 1928/a, p. 71]. Dada la importancia de esta aseveración, por si había dudas, buscamos la fuente originaria, en inglés: «As shown both by the typical rise of general prices and the equally typical activity of the constructional trades in the prosperity phase of the business cycle, innovations cluster densely together. So densely, in fact, that the resultant disturbance produces a distinct period of adjustment-which precisely is what the depression phase of the business cycle consists in» [SCHUMPETER, 1928/b, p. 216].

⁸⁶ SCHUMPETER, 1963, cap. 7, pp. 118 y ss. Con anterioridad, en SCHUMPETER, 1976, pp. 224 y ss. ya había desarrollado plenamente este proceso, aunque no lo definió con nombre alguno.

que el proceso descrito pueda llegar a algún tipo de estabilidad, una nueva serie de innovaciones aparece produciendo nuevos efectos desestabilizadores.

El empresario, al fin, como elemento determinante de la puesta en escena de las «nuevas combinaciones», se limita a utilizar los conocimientos existentes. Los empresarios no son inventores, puesto que «no es parte de su función la “creación” o la “invención” de nuevas posibilidades, pues siempre se hallan presentes, acumuladas por toda clase de pueblos»⁸⁷. Pese a que la innovación aparezca como algo muy próximo al invento, en la teoría de Schumpeter hay una nítida separación entre ambos conceptos, al menos en sus primeras obras. La aplicación de nuevas combinaciones, la innovación, es posible sin que previamente haya invención, aún más, puede que los inventos, sean cuales fueren, no den lugar a innovaciones y que tampoco tengan consecuencias económicas⁸⁸. Basta con que el ínclito «empresario» elija de entre una oferta ilimitada de inventos, aquel que su elitista inteligencia le dicte.

Llegados a este punto de su análisis, hay que hacer notar que Schumpeter distingue con claridad la fase del capitalismo competitivo y la del monopolista (de los *konzerne*, en su terminología), lo que le hizo modificar substancialmente su «visión» de las relaciones existentes entre «innovaciones» e «invenciones» al reconocer que, desde una época a la otra, se habían producido cambios importantes en el capitalismo. Así, la primera fase se correspondería con todo lo analizado hasta ahora, a saber: el predominio de las pequeñas empresas ante la casi inexistencia de las grandes; la realización de innovaciones de manera discontinua, en «destellos» que, en general, requiere de nuevas instalaciones y que entonces —y sólo entonces— son llevadas a la práctica por una clase especial de personas, los «empresarios» y donde la actividad inventiva, empero, permanece como un factor exógeno a este sistema.

Por el contrario, en la fase siguiente, las empresas son grandes y están en condiciones de introducir las nuevas combinaciones sin alterar su estructura. En estas empresas, que de forma creciente son anónimas, la función empresarial experimenta una profunda transformación, ya que, cada vez más, la capacidad de decisión va recayendo sobre los directores, simples empleados, o en los accionistas principales. En este sentido,

⁸⁷ SCHUMPETER, 1976, p. 97. Idéntico comentario puede encontrarse en SCHUMPETER, 1963, p. 181.

⁸⁸ «Las invenciones carecen de importancia económica en tanto que no sean puestas en práctica. Y la aplicación de cualquier mejora es una tarea completamente diferente de su invención» [SCHUMPETER, 1976, p. 98].

es claro el autor: «Esta función social —se refiere al logro de realizaciones por parte de los empresarios— está perdiendo ya importancia y está abocada a perderla en el futuro a un ritmo acelerado, ... Pues, de una parte, es mucho más fácil ahora, que en el pasado, realizar cometidos que están fuera de la rutina conocida, a pesar de que la misma innovación se está reduciendo a rutina»⁸⁹.

Las grandes empresas monopolísticas son ahora las que realizan las innovaciones de forma sistemática: «Lo primero que un *concern* moderno hace, tan pronto como se siente con medios para ello, es establecer un departamento de investigación en el que cada uno de sus miembros sabe que su pan depende del éxito que alcance en descubrir mejoras.»⁹⁰ Más aún, «el progreso técnico se convierte, cada vez en mayor medida, en un asunto de grupos de especialistas capacitados que producen lo que se les pide y cuyos métodos les permiten prever los resultados prácticos de sus investigaciones. (...) Así, pues, el progreso económico tiende a despersonalizarse y automatizarse»⁹¹.

La diferencia fundamental entre ambos planteamientos es obvia y ya ha sido destacada y comentada ampliamente en la literatura económica: la invención, el desarrollo de actividades científicas es asimilado por las grandes empresas y, por tanto, pasa a ser un elemento «endógeno» al desarrollo económico⁹².

La Teoría Schumpeteriana de la Evolución Económica se cierra con su particular «Teoría del Ciclo»⁹³ de la actividad económica. Desde su punto de vista, la innovación tecnológica es el punto central de referencia no sólo del crecimiento económico, sino del comportamiento cíclico de las economías capitalistas. Las fluctuaciones de larga duración tienen su principal causa en el agrupamiento irregular e imprevisible, fluctuante también, de las innovaciones, al provocar períodos de aceleración y desaceleración en las inversiones. Considera, además,

⁸⁹ SCHUMPETER, 1963, pp. 181-2.

⁹⁰ *Idem*, p. 137.

⁹¹ *Ibidem*, p. 182.

⁹² Estriba aquí, quizás, la principal divergencia que en su monótono y obsesivo discurso teórico —y no por ello falto de interés— tuvo J.A. Schumpeter y que, como corresponde a un honrado científico, preocupado por la evolución de la realidad que le circundaba, supo entender a tiempo, aunque, claro está, dentro de su rígido esquema.

⁹³ En lo que sigue, relataremos los aspectos esenciales de dicha teoría, tal y como él la expuso en SCHUMPETER, 1939, vol. I. No es ésta una obra de fácil lectura, ni donde las ideas fluyen claramente. Por ello, hemos preferido omitir cualquier referencia puntual y limitarnos a dar una visión global de la que J. A. Schumpeter tenía acerca de las ondas largas y la evolución del capitalismo. Para nuestra seguridad, las ideas seleccionadas para este caso han sido contrastadas con las que aparecen en SCHUMPETER, 1976, y en SCHUMPETER, 1928/a o b, ya expuestas en su mayor parte.

que tales agrupamientos (o «racimos») aparecen en determinados períodos de tiempo, de relativa calma o equilibrio económico, donde la intuición de los empresarios pioneros sobre los riesgos que comporta tal novedad y sus ganancias previsibles, les llevan a realizarlas, iniciando el proceso de «destrucción creadora» descrito más arriba. Puntualiza que pueden existir distintos tipos de innovaciones —unas, las más importantes, las básicas, fundamentales o «radicales»; otras más «endebles» o menos importantes— y que sus efectos posibles son de distinta magnitud, importancia y duración en el tiempo. Así, en algunos casos las innovaciones agotan sus efectos al cabo de unos pocos años, mientras que los grandes cambios tecnológicos pueden prolongarse durante décadas. Al superponerse estos conjuntos de pequeñas y grandes innovaciones, con sus impulsos y fluctuaciones, se producen los distintos tipos de ciclos. Estos serían de tres tipos, los denominados «Kitchin» (corto plazo, de cuarenta meses de duración), los «Juglar» (medio plazo, de unos diez años) y los «Kondratiev» (largo plazo, de unos sesenta años). La coincidencia o agrupamiento de un conjunto de innovaciones radicales, básicas, es un factor fundamental para explicar el desarrollo de los ciclos largos: son las llamadas «revoluciones tecnológicas», que impulsan el crecimiento de la economía.

Hemos tratado de mostrar que J. A. Schumpeter, casi desde el principio de su obra, sostiene unas hipótesis que conserva —salvo lo ya comentado en torno a la exogeneidad o no del hecho inventivo— a lo largo de toda ella. Dada la amplia difusión que ésta tuvo y tiene aún hoy día, ha sido profusamente criticada. Especialmente aquellos conceptos que, tradicionalmente, se pueden considerar como su «legado histórico» en materia de progreso técnico, nuestro tema central.

Nuestro autor, como se ha dicho, fue de los pioneros en destacar y distinguir las tres fases secuenciales que relacionan la actividad económica con la actividad científico-técnica, tan de moda hoy día, a saber, invención, innovación y difusión. Pero lo hizo como si cada una de ellas fuera algo homogéneo y separado del resto. Dentro de esta sucesión, él se preocupó casi en exclusividad por destacar aquellas circunstancias que rodean e influyen en el fenómeno de la innovación.

Sin embargo, poco dijo acerca de los factores económicos como moldeadores de la actividad inventiva. Como apunta Nathan Rosenberg, «las invenciones entran en la escena schumpeteriana completamente desarrolladas y no como objetos o procesos cuyo desarrollo es asunto de explícito interés; tampoco las mejoras o modificaciones subsiguientes son tratadas de significativas e importantes»⁹⁴. Las influencias en doble sentido

⁹⁴ Cfr. ROSENBERG, 1979, p. 80.

entre el invento y la innovación pueden llevar a nuevos inventos o el elevado coste del propio invento puede llevar a mejorar el invento original, lo que nos indica que este desarrollo es menos irregular de lo que Schumpeter creía (al menos en los comienzos de su densa obra) y que se trata más de un flujo continuo de nuevas posibilidades técnicas y de sus aplicaciones, como ha mostrado Paul Strassman⁹⁵ entre otros. Luego, si se tratara de un «flujo continuo» y las «innovaciones» no se produjesen por «destellos» —como parece apuntar el mismo Schumpeter en su segunda argumentación—, su teoría del desarrollo económico y de los ciclos comerciales naufraga⁹⁶. Por las mismas razones, el proceso de difusión y de desarrollo de una aplicación concreta no puede ser aislado de los otros dos. Tampoco es algo uniforme ni instantáneo, puesto que pueden coexistir tecnologías diversas, y la historia proporciona muchos ejemplos, en un mismo segmento de la producción.

Las objeciones a su teoría de los ciclos largos basados en determinantes estrictamente tecnológicos⁹⁷ han sido no menos numerosas. Las más consistentes se centran en la causalidad que relaciona las susodichas ondas largas con la componente tecnológica. Como muy bien apunta alguno de sus detractores, ni Schumpeter ni las publicaciones neo-*schumpeterianas* han logrado demostrar de manera satisfactoria ni que los cambios en el ritmo de las innovaciones determinen, igualmente, cambios en el ritmo de las nuevas inversiones, ni que las fluctuaciones en las innovaciones impliquen fluctuaciones en el empleo o en la producción total⁹⁸.

⁹⁵ Este autor sostiene que las teorías de J.A. Schumpeter no exploran de manera adecuada el proceso de cambio tecnológico, en tanto que este fenómeno socioeconómico no es lineal y se ve afectado por una serie de avances que se complementan y refuerzan a la vez [STRASSMAN, 1959, pp. 335 y ss.].

⁹⁶ En este sentido, ver HEERTJE, 1984, pp. 117-120.

⁹⁷ La formulación que se puede considerar como inicial de esta visión se debe a Nicolai D. Kondratiev [KONDRATIEV, 1935]. A partir de ese estudio y después del de Schumpeter [SCHUMPETER, 1939, vol. I, caps. 3 y 4], han aparecido modernamente bastantes más, todos ellos encarados y sin posibilidad de acuerdo. Por su carácter de básicos y por su trascendencia posterior, pueden verse los contenidos en FREEMAN, CLARK y SOETE, 1985, al que nos referiremos a continuación; ROSTOW, 1975; MENSCH, 1979; VAN DUJN, 1983; MANDEL, 1986; KLEINKNECHT, 1981 o FORRESTER, 1981. Una recopilación de algunos de ellos y otros más se encuentra en FREEMAN (ed.), 1984. A nuestro juicio dichas formulaciones, aparte en muchos casos de no mostrar más que la propia existencia de los ciclos, son estrictamente deterministas por cuanto que siempre, las ondas largas vienen determinadas en última instancia por alguna variable endógena al propio sistema: la innovación tecnológica (Schumpeter, Mensch), los niveles de precios de los alimentos y de las materias primas (Rostow), el escaso factor trabajo (Freeman), el capital y la inversión, (Mandel, Forrester), ...

⁹⁸ Para un estudio más exhaustivo de estas cuestiones, véase ROSENBERG y FRISCHTAK, 1986, pp. 162-3.

Tampoco existe un consenso amplio en admitir que la acumulación de innovaciones se produzca en lo más hondo de la fase recesiva, dando pie a la fase expansiva del ciclo, algo que parece estar latente en la teoría *schumpeteriana* de las ondas largas. La crítica que autores tan neoschumpeterianos como Christopher Freeman, John Clark y Luc Soete hacen al intento de Gerhard Mensch por demostrar esta cuestión, puede servir de ejemplo⁹⁹. Para éstos, resulta difícil de entender cómo los momentos de mayor adversidad económica —las depresiones—, pueden activar por sí mismos el relanzamiento de la economía, cuando según su opinión, de hecho, las depresiones tienden a hacer cautos en exceso a los empresarios y a los banqueros, comprometiendo recursos sólo en las actividades que, a muy corto plazo, generan expectativas de beneficios, por lo que ellos esperan, a diferencia de Mensch, «que la profundidad de la depresión inhiba o retrase en alguna medida las innovaciones básicas»¹⁰⁰. Además, consideran por ello que «las empresas tienden a reducir su actividad de I+D, así como la solicitud de patentes durante las depresiones más severas»¹⁰¹.

A estas críticas hay que añadir otras cuestiones que si bien pueden parecer de menor importancia o, incluso marginales, no por ello son menos importantes. Una de ellas estriba en el hecho de que pocos son los países que disponen de estadísticas fiables para períodos tan largos que permitan un análisis riguroso de los problemas antes aludidos¹⁰² e incluso, en el

⁹⁹ La idea central que Mensch trata de demostrar [ver MENSCH, 1979] es que las innovaciones radicales tienden a agruparse durante las grandes depresiones, aunque se formen a partir de conocimientos científicos ya existentes en etapas anteriores, actuando dichas depresiones como un «mecanismo acelerador» que acorta el tiempo que transcurre entre un invento y su posterior aplicación. Esta visión es apoyada por Ernest Mandel [MANDEL, 1986, pp. 36 y ss.]. Freeman, Clark y Soete estudian exhaustivamente estas hipótesis y después de cuestionar los datos aportados por Mensch, concluyen: i) los inventos básicos muestran una tendencia al agrupamiento en ciertos períodos (uno de ellos durante los años treinta), pero no siempre relacionados con las depresiones; ii) no se contrasta la hipótesis de agrupamiento de las innovaciones en las depresiones profundas (aunque sí hay alguna evidencia de que hay algún agrupamiento hacia finales de la década de los treinta) y iii) tampoco se sostiene la relativa al mecanismo acelerador. Con lo cual y dicho sea de paso y aunque lo intentan remediar después, se quedan ellos casi sin su teoría de las tan traídas y llevadas «ondas largas» [Ver FREEMAN, CLARK y SOETE, 1985, cap. 31.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 113.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 91. Sin embargo, si mencionan de manera aparentemente contradictoria, las tentativas para restablecer un elevado nivel de beneficios como una de las posibles causas de la incorporación de nuevas alternativas [*Ibidem*]. Para más detalles sobre esta cuestión, ver ROSENBERG y FRISCHTAK, 1986, pp. 168-9.

¹⁰² Hasta sus más ardientes defensores reconocen esta dificultad: «Schumpeter no disponía de estadísticas de gastos en I+D en la industria, ya que sólo con posterioridad a la segunda guerra mundial han comenzado a recogerse sistemáticamente» [FREEMAN, CLARK y SOETE, 1985, p. 65].

caso de disponer de ellas, unas veces se constata un ciclo Kondratiev, otras no. A veces sólo depende de la evolución a lo largo del tiempo de la variable macroeconómica concreta seleccionada. Otra cosa más curiosa y que suele pasar desapercibida es que, a veces, la pretendida «objetividad» del método matemático que se emplea para aislar los efectos secundarios no es tal, puesto que aún disponiendo de los datos precisos, y dependiendo de la elección del filtro que actúe como discriminador, se puede distorsionar seriamente la estadística, creando ondas sin que éstas existan realmente o sean mayormente significativas¹⁰³.

4. A modo de epílogo

El propósito de estas páginas ha sido meramente exploratorio, intentando examinar ciertos aspectos del tratamiento que los autores estudiados hacen del cambio técnico bajo el capitalismo, alguno de los cuales han sido ignorados, por diferentes motivos. A pesar de lo cual, creemos que parte de estos análisis mostrados siguen teniendo vigencia y constituyen el núcleo de las bases teóricas de muchos de los estudios empíricos que se realizan a finales de este siglo y deben ser objeto de estudio básico para cualquiera que, lejos de posiciones meramente teóricas y alejadas de cualquier explicación endógena del cambio técnico, pretenda adentrarse en este campo científico. Muchas de las modernas teorías que afloran en determinadas escuelas de pensamiento (alguna de las cuales hemos mencionado en el texto) beben de sus fuentes. De ahí que, aunque pertenezcan a escuelas y a épocas muy diversas, de lo cual somos conscientes, puedan considerarse ya a estos autores como «clásicos», máxime si consideramos a J. A. Schumpeter como un «clásico del siglo xx».

5. Bibliografía

- A.A. V.V. (1978): *Accumulazione del capitale e progresso tecnico*. Giangiacomo Feltrinelli Editore. Milano.
- ÅKERMAN, JOHAN (1968): *Teoría del industrialismo (Análisis causal y planes económicos)*. Editorial Tecnos. Madrid. [1962, *Theory of Industrialism*.]
- BARAN, PAUL y SWEEZY, PAUL (1979): *El capital monopolista. Ensayo sobre el orden económico y social de los Estados Unidos*. Siglo XXI Editores. México, D. F. [1966, *Monopoly Capital, an Essay on the American Economic and Social Order*.]

¹⁰³ Sobre las limitaciones e inexactitudes de los análisis estadísticos de datos y sus predicciones en el comienzo de esta rama de la Economía, ver LANGE, 1974, pp. 21 y ss.

- BARBER, WILLIAM J. (1980): *Historia del pensamiento económico*. Alianza Editorial. Madrid. [1967, *A History of Economic Thought*.]
- BLAUG, MARK (1979): «Reseña de la teoría de las innovaciones de procesos», en ROSENBERG (ed.), 1979. [1963, «A survey of the theory of process-innovations», *Economica*, febrero.]
- BOODY SCHUMPETER, ELIZABETH (1951): «Prefacio», en SCHUMPETER, 1971/a.
- BOYER, ROBERT y CORIAT, BENJAMIN (1984): «Marx, la technique et la dynamique longue de l'accumulation». Centre d'Etudes Prospectives d'Economie Mathématique Appliquées a la Planification (CEPREMAP n.º 8.414, ejemplar policopiado). París.
- CARLYLE, THOMAS (1985): *Los héroes*. Ediciones Sarpe Madrid. [1841, *On Heroes and Hero-Worship, and the Heroic in History*.]
- CROMBIE, A. C. (1985): *Historia de la Ciencia: De San Agustín a Galileo /2. La Ciencia en la Baja Edad Media y comienzos de la Edad Moderna: siglos XIII al XVII*. Alianza Universidad. Madrid. [1959, *Agustine to Galileo. Volume II: Science in the Later Middle Ages—and Early Modern Times—13th to 17th Centuries*.]
- DOBB, MAURICE H. (1979): *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*. Siglo XXI de España Editores. Madrid. [1946, *Studies in the Development of Capitalism*.]
- FAURE-SOULET, JEAN-FRANCOISE (1970): *De Malthus a Marx. L'Histoire aux mains des logiciens*. Gauthier-Villars Éditeur. París.
- FORRESTER, JAY W. (1981): «Innovation and Economic Change». *Futures*, vol. 13, n.º 4, págs. 323-31.
- FREEMAN, CHRISTOPHER (1975): *La teoría económica de la innovación industrial*. Alianza Editorial. Madrid. [1974, *The Economics of Industrial Innovation*.]
- FREEMAN, CHRISTOPHER (ed.) (1984): *Long Waves in the World Economy*. Frances Pinter Publishers. London. [1983, *idem*.]
- FREEMAN, CHRISTOPHER; CLARK, JOHN y SOETE, LUC (1985): *Desempleo e innovación tecnológica. Un estudio de las ondas largas y el desarrollo económico*. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. [1982, *Unemployment and technical innovation. A study of long waves and economic development*.]
- HEERTJE, ARNOLD (1984): *Economía y progreso técnico*. Fondo de Cultura Económica. México, D. F. [1979, *Economie et progrès technique*.]
- HEILBRONER, ROBERT L. (1983): «¿Tenía razón Schumpeter?». *Papeles de Economía Española*, n.º 17. Madrid.
- KAUSTKY, KARL (1974): *El pensamiento económico de Marx*. Distribuidora Baires S.R.L. Buenos Aires. [¿?, *Karl Marx Oekonomische Lehren*.]
- KLEINKNECHT, A. (1981): «Observation on the Schumpeterian Swarming of Innovation». *Futures*, vol. 13, n.º 4, págs. 293-306.
- KONDRATIEV, NICOLAI D. (1935): «The Long Waves in the Economic Life». *The Review of Economic Statistics*, vol. XVII, n.º 6, november. [1925, en ruso; 1926, «Die langen Wellen der Konjunktur», *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 56, n.º 3.]
- LANGE, Oskar (1974): *Introducción a la econometría*. Fondo de Cultura Económica. México, D. F. [1958, *Wstep do ekonometrii*.]
- LE BAS, CHRISTIAN (1982): *Economie des innovations Techniques*. Editorial Economica. París.

- LOCKE, JOHN (1991): *Dos ensayos sobre el Gobierno Civil*. Editorial Espasa Calpe. Madrid. [1689, *Two Treatises on Government*.]
- MALTHUS, THOMAS R. (1946): *Principios de Economía Política*. Fondo de Cultura Económica. México, D. F. [1820, *Principles of Political Economy Considered with A View to Their Practical Applications*.]
- MANDEL, ERNEST (1986): *Las ondas largas del desarrollo capitalista. La interpretación marxista*. Siglo XXI de España Editores. Madrid. [1980, *Long Waves of Capitalist Development. The Marxist Interpretation*.]
- MARSHALL, ALFRED (1963): *Principios de Economía*. Editorial Aguilar. Madrid. [1890, *Principles of Economics*.]
- MARX, KARL (1971): *Un chapitre inédit du Capital*. Union Générale d'Éditions, colección 18/10. París. [¿?, *Resultate des unmittlbaren Produktion-Prozesses*.]
- MARX, KARL (1974): *Miseria de la Filosofía*. Ediciones Júcar. Madrid. [1847, *Misère de la philosophie. Réponse à la Philosophie de la Misère de M. Proudhon*.]
- MARX, KARL (1975/a): *El capital. Crítica de la economía política*. Tomo I. Fondo de Cultura Económica. México, D. F. [1867, *Das Kapital. Kritik der politischen Oekonomie. Erster Band. Buch I: Der Produktionsprozess des Kapitals*.]
- MARX, KARL (1975/b): *El capital. Crítica de la economía política*. Tomo II. Fondo de Cultura Económica. México, D. F. [1885, *Das Kapital. Kritik der politischen Oekonomie. Zweiter Band. Buch II: Der Circulationsprozess des Kapitals*.]
- MARX, KARL (1975/c): *El capital. Crítica de la economía política*. Tomo III. Fondo de Cultura Económica. México, D. F. [1894, *Das Kapital. Kritik der politischen Oekonomie. Dritter Band. Buch III: Der Gesamtprozess der Kapitalischen Produktion*.]
- MARX, KARL (1981): *Manuscritos: economía y filosofía*. Alianza Editorial. Madrid. [Escritos en 1844 y publicados en 1932, *Oekonomisch-philosophische Manuskripte*.]
- MARX, KARL y ENGELS, FRIEDRICH (1985): *El Manifiesto Comunista*. Editorial Progreso. Moscú. [1848, *Manifest der Kommunistischen Partei*.]
- MASON, STEPHEN F. (1985): *Historia de las Ciencias: (3) La ciencia del siglo XVIII*. Alianza Editorial. Madrid. [1953, *History of Science: Main Courrents of Scientific Thought*.]
- MEACCI, FERDINANDO (1978): *La teoria del capitale e del progresso tecnico*. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova - CEDAM (n.º LXXX). Padova.
- MEEK, RONALD L. (1980): *Smith. Marx y después. Diez ensayos sobre el desarrollo del pensamiento económico*. Siglo XXI de España Editores. Madrid. [1977, *Smith. Marx & After. Ten Essays in the Development of Economic Thought*.]
- MENSCH, GERHARD (1979): *Stalemate in Technology. Innovations Overcome the Depression*. Ballinger Publishing Company. Cambridge, Massachusetts. [1975, *Das Technologische Patt: Innovationen uberwinden die Depression*.]
- RICARDO, DAVID (1973): *Principios de economía política y de tributación*. Seminarios y Ediciones. Madrid. [1817 (1821, 3.ª edición), *The Principles of Political Economy and Taxation*.]

- ROBINSON, JOAN y EATWELL, JOHN (1982): *Introducción a la economía moderna*. Fondo de Cultura Económica. Madrid. [1973, *An Introduction to Modern Economics*.]
- ROSENBERG, NATHAN (1979): *Tecnología y Economía*. Editorial Gustavo Gili. Barcelona. [1976, *Perspectives on Technology*.]
- ROSENBERG, NATHAN (1982): *Inside the Black Box: Technology and Economics*. Cambridge University Press. Cambridge.
- ROSENBERG, NATHAN (ed.) (1979): *Economía del cambio tecnológico*. Fondo de Cultura Económica. México D. F. [1971, *The Economics of Technological Change*.]
- ROSENBERG, NATHAN y FRISCHTAK, C. (1986): «La innovación tecnológica y los ciclos largos». *Papeles de Economía Española*, n.º 28, págs. 162-72. Madrid. [1984, «Technological Innovation and Long Waves», *Cambridge Journal of Economics*, vol. 8.]
- ROSTOW, W. W. (1975): «Kondratieff, Schumpeter, and Kuznets: Trends periods revisited». *Journal of Economic History*, vol. 35, n.º 4, december, págs. 719-53.
- ROUSSEAU, JEAN-JACQUES (1970): *Ensayo sobre el origen y fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. Ediciones Península. Barcelona. [1755, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*.]
- SACRISTÁN, MANUEL (1983): «Karl Marx como sociólogo de la ciencia». *Mientras Tanto*, n.º 16-17.
- SCHUMPETER, JOSEPH ALOIS (1928/a): «La inestabilidad del capitalismo», en SCHUMPETER, 1966, págs. 51-76. [1928, «The Inestability of Capitalism», *The Economic Journal*, vol. XXXVIII, setiembre.]
- SCHUMPETER, JOSEPH ALOIS (1928/b): «The Inestability of Capitalism», en SMYTH (ed.), 1964, págs. 193-220. [1928, «The Inestability of Capitalism», *The Economic Journal*, vol. XXXVIII, September.]
- SCHUMPETER, JOSEPH ALOIS (1935): «El análisis del cambio económico», en SCHUMPETER, 1966, págs. 131-146. [1935, «The Analysis of Economic Change», *The Review of Economic and Statistic*, vol. XVII, n.º 4, mayo].
- SCHUMPETER, JOSEPH ALOIS (1937): Prefacio a la edición japonesa de *Teoría del desenvolvimiento económico*, en SCHUMPETER, 1966.
- SCHUMPETER, JOSEPH ALOIS (1939): *Business Cycles: A Theoretical, Historical and Statistical Analysis of the Capitalist Process* (2 vols.). McGraw Hill. New York.
- SCHUMPETER, JOSEPH ALOIS (1963): *Capitalismo, socialismo y democracia*. Editorial Aguilar. México, D. F. [1942, *Capitalism, Socialism and Democracy*.]
- SCHUMPETER, JOSEPH ALOIS (1966): *Ensayos*. Editorial Oikos-Tau. Barcelona. [1951, *Essays of J. A. Schumpeter*.]
- SCHUMPETER, JOSEPH ALOIS (1971/a): *Diez grandes economistas: de Marx a Keynes*. Alianza Editorial. Madrid. [1957, *Ten Greats Economists: from Marx to Keynes*.]
- SCHUMPETER, JOSEPH ALOIS (1971/b): *Historia del análisis económico*. Editorial Ariel. Barcelona. [1954, *History of Economics Analysis*.]
- SCHUMPETER, JOSEPH ALOIS (1976): *Teoría del desenvolvimiento económico*. Fondo de Cultura Económica. México, D. F. [1911, *Theorie der Wirtschaftlichen Entwicklung*.]

- SMITH, ADAM (1979): *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Fondo de Cultura Económica. México, D. F. [1776, *An Inquiry into The Nature and Causes of The Wealth of Nations*.]
- SMYTH, R. L. (ed.) (1964): *Essays in the Economics of Socialism and Capitalism. Selected Papers read to Section F of the British Association for Advancement of Science, 1886-1932*. Gerald Duckworth & Co. Ltd. London.
- SOMBART, WERNER (1946): *El apogeo del capitalismo (I)*. Fondo de Cultura Económica. México, D. F. [1926]
- STRASSMANN, W. PAUL (1959): «Creative Destruction and Partial Obsolescence in American Economic Development». *Journal of Economic History*, setiembre, págs. 335-349.
- SWEETZ, PAUL M. (1979): *Teoría del desarrollo capitalista*. Fondo de Cultura Económica. Madrid. [1942, *The Theory of Capital Development. Principles of Marxian Political Economy*.]
- TOUGAN-BARANOWSKI, MIKJAIL IVANOVICH, VON (s.f.e.)[®]: *Las crisis industriales en Inglaterra*. La España Moderna. Madrid. [1912, *Studien zur Theorien und Geschichte der Handelskrisen in England*.]
- URE, ANDREW (1835): *The Philosophy of Manufactures or An Exposition of the Scientific, Moral and Commercial Economy of the Factory System of Great Britain*. Knight. London. [1833, idem.]
- UREÑA, ENRIQUE M. (1977): *Karl Marx Economista. Lo que Marx realmente quiso decir*. Editorial Tecnos. Madrid.
- VAN DUJIN, J. J. (1983): *The Long Wave in Economic Life*. George Allen & Unwin. London. [1979, *De Lange Golf in de Economie: Kan Innovatie ons uit het dal Helpen?*]
- VEGARA, JOSEP M.^a (1983): «Marx, el cambio técnico y el desarrollo capitalista». *Hacienda Pública Española*, n.º 83.
- VEGARA, JOSEP M.^a (1989): *Ensayos económicos sobre innovación tecnológica*. Alianza Editorial. Madrid.
- VEGARA, JOSEP M.^a (ed.) (1982): *Lecturas sobre economía política marxista contemporánea*. Editorial Bosch. Barcelona.
- ZABALO, FRANCISCO (1988): «Teoría de la regulación y periodización del desarrollo capitalista: Una alternativa a los ciclos Kondratiev». Comunicación presentada al Congreso Internacional sobre «La Teoría de la Regulación». Barcelona. Ejemplar policopiado.

[®] Abreviaturas de «sin fecha de edición». La edición utilizada es, según parece, traducción al castellano de la versión rusa de 1912, según consta en el prólogo firmado por el autor en Petesburgo, el 20 de noviembre de 1912. Esta es, a su vez, una edición revisada y ampliada de otras dos que vieron la luz antes: una rusa (1894, *Periodic Industrial Crises*) y otra alemana de 1901.

REACTUALIZACION DEL PENSAMIENTO RELIGIOSO DE E. DURKHEIM

Celso Sánchez Capdequí

Al final de su obra Emile Durkheim detectó como problema básico de la vida moderna la ausencia de referencias de valor con las que *reen-cantar* una sociedad descoyuntada por sus desajustes funcionales y por la anomía resultante. Fruto de lo cual, profundizó en el carácter regenerador de la experiencia religiosa de toda vida colectiva (especialmente con la vista puesta en el totemismo de las sociedades australianas), en sus representaciones de transcendencia revitalizadora del cuerpo nómico-normativo de la vida social, pero, al mismo tiempo, redujo su simbólica a mera reproducción, copia o remedo de los esquemas de organización institucional de cada forma de vida. Frente a esta visión, el filósofo neokantiano Ernst Cassirer hace de la experiencia religiosa un *modo de aprehender* la realidad irreductible al científico, artístico, lingüístico, etc. Se trata de la captación mágica de lo real, donde rige *la posibilidad* frente a *la identidad*, la mutable base metafórica y los cimientos inestables (Nietzsche) de todo concepto, idea, razón instituida en el terreno estático de la conciencia (colectiva y/o individual). Por último, casi un siglo después de la publicación de los trabajos de Durkheim sobre el tema (*Las formas elementales de la vida religiosa* —1912—), el mitólogo alemán Manfred Frank reformula la problemática planteada por el sociólogo francés desde el utillaje teórico de Cassirer, es decir, levanta acta del estado de una modernidad vaciada de espesor axiológico aglutinante pero, simultáneamente, se enfrenta a ella reivindicando la irreductibilidad semántica de la Imaginación, de las Imágenes míticas. En definitiva, retomando, frente a la visión reductora de Durkheim, la dimensión ontotranscendental del acceso religioso al mundo, de su imaginaria mítico-coparticipativa, de su potencialidad de *abrir y despejar* (Benjamin) el horizonte de interpretación de toda experiencia antropológica (ya caduca), de su carga de *Ilusión fundacional*

(Freud) básica que aporta a una sociedad, como la moderna, carente de otro rumbo que no sea el de su mera supervivencia.

1

Ya en el tramo final de su obra, Durkheim volcó preferentemente su atención sobre la importancia del fenómeno religioso y de su cometido en el seno de cualquier sociedad humana. La preocupación por el citado problema se encontraba ligada a la situación de desertización simbólica y de desintegración social que erosionaba las bases de una auténtica solidaridad (orgánica) en la sociedad moderna. Esta, sometida a la lógica de un proceso de racionalización «selectivo»¹ y estructurada sobre la base de la fragmentación de la imagen premoderna del mundo y de la consiguiente autonomización de las diferentes esferas culturales de valor (ciencia, estética, derecho) de la tutela religiosa, padece, en primer lugar, «un antagonismo»² de los correspondientes órdenes culturales, incomunicados por cuanto conducidos por los respectivos «principios axiales» (Bell); en segundo lugar, carece un centro simbólico (significativo) aglutinador, entendido como posible garante de la unidad y de la coordinación social en casos, como el moderno que ocupa a Durkheim, en los que la falta de autoridad nómico-moral y de un mundo de significaciones, valores e ideales comunes sume a los individuos en una profunda crisis de identidad y desarraigo, así como perturba la orientación de la acción. La acefalía ínsita en la compleja sociedad moderna, la «unilateralidad cognitivo-instrumental de la racionalización cultural y social»³, así como la «urdimbre adulterada»⁴ que refiere a nuestra «forma de pensamiento descarnado sin

¹ HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa I*, Madrid, 1987, p. 196.

² HABERMAS, J.: *Ibid.*, p. 306.

³ HABERMAS, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, 1991, p. 451.

⁴ Rof CARBALLO, J., *Revista Anthropos*, n.º 141, Barcelona, 1993, p. 35. La categoría de «urdimbre» me fue referida en primer lugar por Andrés Ortiz-Osés. La posterior lectura de la obra de Rof CARBALLO *Violencia y ternura* me sirvió para fijar definitivamente su significado. Por «urdimbre» se entiende, a nivel individual, el «acabado» afectivo, el «troquelado» primigenio, que aporta la figura materna al ser desvalido que es el hombre en sus primeros meses de vida. No sólo funge como soporte generador de confianza, como portador de las pautas actitudinales básicas, sino también como mecanismo que posibilita la emancipación individual ulterior, fruto de la sólida «impresión» de la figura materna constituyente y de la asunción de la figura paterna complementaria. A nivel social, el autor refiere con el concepto «urdimbre» al momento de la «internalización» de las referencias simbólico-culturales de la sociedad (el super-ego o principio de realidad vigente) en la que vive, sociedad que, en función de sus estructuras axiológicas subyacentes, ofrece un *sentido* a la vida del hombre en colectividad y, simultáneamente, ultima el «acabado» socioinstitucional de toda psique individual. Una expresión válida que alude al correlato social del concepto «urdimbre» puede ser la

factores emocionales»⁵ (también denominada «alexitémica»⁶) sobre la que se instala la conciencia colectiva de nuestra sociedad comporta un solidaridad que no es «más que virtual»⁷ y que desencadena la aparición de un sentimiento anómico colectivamente dispersado e individualmente vivido. La anomía viene dada por la desorganización material y moral que afecta al núcleo de la sociedad moderna y que obedece en su etiología a la rapidez vertiginosa de los cambios experimentados (especialmente en el terreno tecnocientífico y en su aplicación a la economía) en el seno de la misma, cambios de los que «no han surgido nuevas formas de organización, ni nuevas normas, ni una autoridad nueva.»⁸ La creciente división del trabajo social no ha venido acompañada del fortalecimiento de una solidaridad colectiva en torno a la cual regenerar a la sociedad en tanto cuerpo moral portador de «unos límites simbólicos que configuran la experiencia y la comprensión del mundo.»⁹

Se puede deducir del fresco aquí bosquejado que es «justamente esa capacidad integradora la que queda puesta en cuestión en las sociedades modernas»¹⁰, ya que hablar de integración en las mismas supone referirse con exclusividad a la integración «sistémica» privada de mediación simbólica y axiológica por cuanto sometida a procesos de autorregulación funcional (económica y político-administrativa). En el horizonte de una conciencia social privada de «categorías-de-la-subjetividad»¹¹ y portado-

de «mundo-hogar» (Berger), ya que desde la misma se proyecta la imagen de un cosmos significativo en el que el individuo encuentra una identidad de fondo con el «Todo» en el que habita y acomoda y respuestas a sus enigmas eternos. En el caso concreto de la cultura moderna, Rof Carballo subraya el desapego del individuo respecto a sus instituciones culturales habida cuenta de la naturaleza abstracta y exenta de contenidos de éstas. Las estructuras modernas del mundo-de-la-vida delimitan un individuo tipo desgajado de referentes nómico-morales y afincado en la comarca del valor de cambio. Esto tiene como resultado la «desubjetivización» de la vida en nuestras sociedades y el resquebrajamiento de un tejido institucional (Gehlen), que canaliza el afecto y orienta la conducta del grupo. Como alternativa, se propone, por parte de Rof Carballo, lo que él denomina «equilibrio intrapsíquico» (basado en una armonía tensional y nunca excluyente entre el pensamiento operatorio y el mundo de la fantasía y del mito), el cual es a la psicología lo que el proyecto de «acción comunicativa» habermasiano es a la sociología y lo que es la «coincidentia oppositorum» jungiana a la ontología.

⁵ Rof CARBALLO, J., *Ibid.*, p. 35.

⁶ ORTIZ-OSÉS, A., *Las claves simbólicas de nuestra cultura*, Barcelona, 1993, p. 332.

⁷ RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, L., *Para una lectura crítica de Durkheim*, Madrid, 1987, p. 70.

⁸ RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, L., *Ibid.*, p. 306.

⁹ BERIAIN, J., *Representaciones colectivas y Proyecto de modernidad*, Barcelona, 1990, p. 27.

¹⁰ HABERMAS, J., *op. cit.*, 1987, p. 319. Ver *Beyond belief* de Robert N. BELLAH, especialmente el artículo «Meaning and modernization», donde al autor alude a la dificultad de la sociedad moderna para compatibilizar el «cambio» como categoría central de su diseño cosmovivo y el «sentido» axiológico de los individuos que lo habitan.

¹¹ FRANK, M., *Der kommende Gott*, Frankfurt am Main, 1982, p. 53.

ra de una «crisis de sentido racionalista»¹², se impone la necesidad de una «nueva mitología»¹³, que refiera a una fundamentación entendida como una vuelta a lo sagrado, como una justificación radical. En opinión de Durkheim, únicamente el renacimiento de una profunda e intensa significación religiosa (garante de una sociedad «centrada») flanqueada por sus correlatos en forma de una mayor autoridad moral y de una solidaridad integradora puede provocar «esa efervescencia creadora en cuyo curso surgirán nuevos ideales, aparecerán nuevas formulaciones que, servirán durante algún tiempo, de guía a la comunidad.»¹⁴

Hasta aquí la exposición de los motivos que mueven a Durkheim a profundizar en la dimensión religiosa de toda comunidad social y cuyo interés práctico consiste en poner coto a la inercia desestructuradora de la sociedad moderna en virtud de un proceso de recuperación e intensificación de la experiencia comunal (cuya hipóstasis cáltico-ritual dice «religión»), portadora de un mayor grado de unidad simbólico-cosmovisiva y reductora del «individualismo» que en nuestras sociedades «se convierte en el objeto de una especie de religión.»¹⁵

La tesis que va a defender Durkheim en su excelente estudio sobre la religión (totémica) de las tribus australianas y que se recoge en el texto ya clásico *Las formas elementales de la vida religiosa* no es otra que la de la naturaleza «social» de la experiencia y vida religiosa por cuanto los *símbolos*, figuras y útiles representativos necesarios para la vivencia y efervescencia religiosa del colectivo, emergen de las estructuras de organización propias de la sociedad en cuestión. Sin embargo, antes de analizar con más detenimiento la *génesis* social de la simbólica religiosa, efectuaré, a título meramente descriptivo, una sucinta exposición de la importancia del despliegue de la experiencia religiosa para el mantenimiento y pervivencia del cuadro social.

Durkheim ocupó buena parte de la citada obra en dar cuenta de aquellos momentos de efervescencia colectiva en torno a las prácticas cáltico-rituales en las que, detenido el tiempo abstracto y eliminado todo resquicio de profanidad, la comunidad desentierra la memoria colectiva (mitos, figuras, narraciones), a la par que retorna, presentificándose bajo forma hierofánica, la divinidad totémica (representada por figuras sensibles que pertenecen al reino vegetal y animal y que toman cuerpo en el símbolo, en el emblema, en la bandera, etc...) cargada de «maná» a la que el grupo liga su suerte, su destino y su identidad colectiva.

¹² FRANK, M., *Ibid.*, p. 13.

¹³ FRANK, M. *Ibid.*, p. 59.

¹⁴ DURKHEIM, E., *Las formas elementales de la vida religiosa*, Madrid, 1982, p. 398.

¹⁵ DURKHEIM, E., *La división social del trabajo*, Madrid, 1987, p. 205.

La unidad y la cohesión del grupo en torno a un ideal común quedan reafirmadas en el momento en que «hombres que se sienten unidos en parte por lazos de sangre, pero aún más por una comunidad de intereses y de tradiciones, se reúnen y adquieren su unidad moral.»¹⁶ En efecto, el retorno simbólico de los antepasados y la actualización de la memoria grupal que tienen lugar en la práctica cúlrico-ritual posibilitan, en plena exaltación colectiva de las energías vitales, la regeneración del cuerpo social (la reafirmación de su dimensión nómicomoral), cuya autoridad (portadora de unos referentes cognoscitivos, estéticos y normativos) debe orientar con sentido la conducta y las acciones de las conciencias individuales.

El momento del ritual y de la gestualización ante el símbolo totémico y su significación coincide (como ya se ha dicho) con el «momento arquetípico»¹⁷, con una «ruptura» colectiva respecto de las condiciones espacio-temporales de la cotidianidad (culto negativo) y con la entrada en una dimensión sacral provista de un «tiempo cualitativo»¹⁸ o «tiempo vertical»¹⁹ (culto positivo) donde el pensamiento racional y los vestigios de mundanidad se diluyen y cuyo precipitado final, tras la metamorfosis y transformación radical de las condiciones de la actividad psíquica del grupo, supone que «el dios del clan, el principio totémico, no puede ser más que el clan mismo, pero hipostasiado, concebido por la imaginación en la forma de las especies sensibles del animal o vegetal utilizados como totem.»²⁰ En última instancia, el individuo, ligado al resto del grupo a través de una solidaridad mecánica, «sobreañade al mundo real en que se desarrolla la vida profana, otro que, en un determinado sentido, no existe más que en su pensamiento, pero al que, en comparación al primero, atribuye una especie de dignidad más elevada.»²¹

Conviene resaltar que el análisis hasta aquí efectuado tiende a sobredimensionar el papel integrador de la experiencia (colectiva) religiosa (de sociedades no-diferenciadas), experiencia a la que Durkheim quiso acercarse teóricamente de cara a presentar un modelo alternativo de sociedad (centrada) ante una modernidad dislocada por mor de la nueva configuración pluralista de su estructura y de la carencia de un conglomerado de

¹⁶ DURKHEIM, E., *op. cit.*, 1982, p. 360.

¹⁷ BELLAH, R., *Emile Durkheim. On Morality and Society*, Chicago, 1973, p. XLIX.

¹⁸ CORBIN, H., «The Time of Eranos. Man and Time», *Papers from the Eranos yearbooks*, edit. J. Campbell, Princeton, 1957 p. XIX.

¹⁹ MAFFESOLI, M., *The Shadow of Dionysus*, New York, 1992, p. 64.

²⁰ DURKHEIM, E., *op. cit.*, 1982, p. 194.

²¹ DURKHEIM, E., *Ibid.*, p. 393.

«símbolos comunes»²², que pusieran en contacto al individuo con un destino colectivo claramente diferenciado. A este respecto, suficientemente reveladoras son las siguientes palabras de Durkheim: «No puede haber sociedad que no sienta la necesidad de confirmar y de reafirmar, a intervalos regulares, los sentimientos e ideas colectivos, que le proporciona su unidad y personalidad. Pues bien, no se puede conseguir esta reconstrucción moral mas que por medio de reuniones, asambleas, congregaciones en las que los individuos, estrechamente unidos, reafirmen en común sus comunes sentimientos.»²³

En cualquier caso, el objeto de esta primera parte del trabajo se plantea auscultar la naturaleza de las condiciones trascendentales que hacen posible la simbolización y ritualización religiosa del colectivo en torno a una divinidad totémica en donde el grupo, con ayuda de la metamorfosis de su actividad psíquica, reafirma su identidad. Pues bien, la dimensión y procedencia *social* de la simbólica religiosa queda verificada, al constatar Durkheim que «las representaciones religiosas son representaciones colectivas que expresan realidades colectivas.»²⁴ La consanguinidad entre representaciones religiosas y configuración social se manifiesta en que el conjunto de categorías religioso-espirituales obedecen en su génesis a la organización estructural de la sociedad de la que son reflejo, es decir, «lejos pues de que la religión ignore la sociedad real y se abstraiga de ella, es su imagen.»²⁵

O lo que es lo mismo, son las distintas realidades sociales las que sirven de soporte conceptual a las representaciones y significaciones religiosas, las cuales carecen de un reducto trascendental propio en el que asentarse originariamente. De esta suerte, el concepto de *totalidad* (y otros), símbolo central de la experiencia religiosa, «no es otra cosa que la forma abstracta del concepto de sociedad; ésta es el todo que comprende todas las cosas, la clase suprema que contiene a todas las otras cosas.»²⁶

Conviene subrayar que Durkheim tiene como referencia a las sociedades australianas, caracterizadas por una estructura cosmovisiva centrada en torno a las significaciones religiosas, las cuales fungen como un sistema interpretativo del mundo y de la realidad. En cualquier caso, y a pesar de que la religión sea el primer discurso de lo social (que con los procesos de racionalización y de diferenciación social pasa a ser

²² BELL, D., *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Madrid, 1989, p. 99.

²³ DURKHEIM, E., *op. cit.*, 1982, p. 397.

²⁴ DURKHEIM, E., *Ibid.*, p. 8.

²⁵ DURKHEIM, E., *Ibid.*, p. 392.

²⁶ DURKHEIM, E., *Ibid.*, p. 410.

una esfera cultural de valor más entre otras en un contexto secularizado y plural como el moderno), en Durkheim se observa una «quiebra» de la originalidad de la simbólica religiosa en beneficio de una reducción de su marco de representaciones a las relaciones organizativas e institucionales de la sociedad humana, «haciendo así de la existencia social el fundamento de la religión y haciendo de la sociología el fundamento de la ciencia de la religión.»²⁷

Como ya ha quedado dicho la simbólica religiosa, su equipamiento figurativo e imaginario no son sino re-producciones, pero ¿de qué? ¿qué se hipostasia dando lugar a la forma totémica? Es decir, ¿qué entiende Durkheim por sociedad en tanto ese cuerpo unitario que se autotranscende religiosamente bajo la forma de un ideal totémico común? Hay un supuesto que recorre toda la obra de Durkheim, supuesto alimentado por el ambiente intelectual (positivista) de su época: «“no hay pensamiento (*mentalité*) anterior al pensamiento lógico”».²⁸ De tal manera que ya no sólo una hipotética variedad de modos no-lógicos (o, por lo menos, no reducidos a la lógica occidental binaria como el pensamiento mitológico propio de las sociedades no-diferenciadas) de pensamiento (y sus correspondientes metafísicas) exhibidos a lo largo de la historia humana son tenidos como menores e imperfectos, sino que también la sociedad como tal queda privada de la especificidad creativa de los estratos no-rationales (fantasía, imaginación, intuición) de su existencia o, como mal menor, quedan a salvo en su dimensión estrictamente reproductiva e imitativa. A las preguntas arriba formuladas conviene responder que decir sociedad en Durkheim supone fijar la retina analítica en el horizonte estructural, donde lo que hay se deja reducir al carácter de «cosa», de objetividad, supone, en última instancia, privilegiar el marco de la *estática* social desglosable por el utillaje categorial de la razón en virtud de su naturaleza identitaria. Por lo mismo, en el esquema del sociólogo francés, la simbólica y la estructura figurativa de la percepción religiosa del grupo no es sino la imitación del soporte organizativo como instancia última y definitiva del marco social. No en vano, en opinión de Durkheim, «la sociedad no es en absoluto el ser ilógico, o alógico, incoherente y fantástico que muy frecuentemente se gusta ver en ella. Muy por el contrario, la conciencia colectiva es la forma más elevada de la vida psíquica, pues es una conciencia de conciencia. Situada por fuera y por encima de las contingencias individuales y locales, no ve

²⁷ CASSIRER, E., *Filosofía de las formas simbólicas II*, México, 1972, p. 222.

²⁸ LUKES, S., *Durkheim. Su vida y su obra*, Madrid, 1985, p. 434.

las cosas más que en su aspecto *permanente y esencial* que ella fija en nociones comunicables.»²⁹

Bajo esta línea de argumentación, en la que se vislumbra un cierto rescoldo «reduccionista» de la simbólica religiosa, ésta y la especificidad de su marco de representaciones carece de un «sólido fundamento fáctico»³⁰ y su configuración interna se pliega a «determinadas estructuras sociales.»³¹ Cabe, por tanto, deducir que, en Durkheim, lo social, en tanto «estructura» institucional, condiciona la emergencia del equipamiento categorial de las representaciones religiosas, excluyendo, por ende, la posibilidad de llevar a cabo un tratamiento teórico de la religión al modo de un «juego de lenguaje» (Wittgenstein) autónomo y una vivencia (onto-antropológica) irreductible. El motivo es que, lejos de aparecer como una «manifestación espontánea»³² del espíritu, como algo consubstancial a la realidad humana, se erige en simple reproducción e hipóstasis de la realidad social considerada, es decir, en objeto de un proceso de semiologización por cuanto su existencia no contiene una realidad autónoma y específica, sino meramente refleja y penúltima. Los acercamientos a la religión que propone Durkheim son exclusivamente en clave social y sociológica, es decir, estructurales. No hay lugar para un «apalabramiento» (en tanto potencia apirórica) estrictamente religioso del mundo; la existencia de lo numinoso dice «sublimación» del auténtico poso trascendental durkheimniano, que no es otro que la forma, organización y equipamiento sistémico-funcional de la sociedad considerada en cada caso³³.

2

La tentativa que se propone el filósofo neokantiano Ernst Cassirer a lo largo de su extensa obra, especialmente en *La filosofía de las formas simbólicas*, pasa por aunar las aportaciones nucleares de la filosofía crítica kantiana (la revolución copernicana) y del idealismo hegeliano (el ser-en-devenir que tiende a la autoconciencia) en un sistema teórico en el que dichos paradigmas del pensamiento moderno quedan integrados en una

²⁹ DURKHEIM, E., *op. cit.*, p. 412.

³⁰ CASSIRER, E., *op. cit. III*, 1972, p. 240.

³¹ CASSIRER, E., *Ibid. II*, p. 240.

³² JUNG, C.G., *Psicología y religión*, Barcelona, 1987, p. 156.

³³ S. LUKES afirma que la obra sociológica de Durkheim destaca por su «fijación socio-céntrica». Véase su obra *Emile Durkheim. Su vida y su obra*, Madrid, 1985, p. 474. Un trabajo de gran valor teórico sobre la obra durkheimiana es el ya citado *Representaciones colectivas y proyecto de modernidad* de Jostexo BERIAIN, en especial, su primer capítulo. Del mismo autor, consultar «Estado de bienestar, planificación e ideología», Madrid, 1990.

síntesis totalizadora superior y del todo novedosa. La empresa ejecutada por Cassirer vincula el eje horizontal y trascendental kantiano, es decir, el apriórico y cognoscente, con el eje vertical y sublimador hegeliano del Espíritu, cuyo periplo dialéctico tiende a arribar hasta la síntesis final de la autoconciencia tras los iniciales momentos de autoextrañamiento. El punto de intersección y de encuentro se ubica en el nuevo diseño del ámbito trascendental que, superando la inaugural disposición comprensiva de tipo científicista y objetivista pergeñada por Kant, incluye otros modos originarios y, por ende, igualmente trascendentales de aprehensión de la realidad y de síntesis cosmovisiva como pueden ser el mitológico, el religioso, el artístico y el lingüístico, modos de aprehensión que funcionan como peldaños estructurados verticalmente por los cuales el Espíritu (hegeliano) ha de ascender de forma progresiva hasta acceder al ansiado momento de la autoconciencia. La nueva disposición del marco trascendental (superador de la exclusividad gnoseológica kantiana) aparece como el terreno donde se enraízan las «formas de pensamiento»³⁴ que ha de ir absorbiendo (y vivenciando) la totalidad del Espíritu en-devenir, totalidad que «sólo puede manifestarse en el tránsito de una forma a la otra.»³⁵ La consumación de la autoconciencia del Espíritu, confeccionado ya el nuevo diseño apriórico-infraestructural de las disposiciones simbólico-representativas (religión, arte y ciencia), necesita de la «escalera que lo conduzca de las configuraciones representativas, tal como se encuentra en el mundo de la conciencia “inmediata”, hasta el mundo del conocimiento puro»³⁶ (es decir, se haría valer una «mediación» entre mito y logos, entre razón y afecto). Se trataría, por tanto, de salvar el principio de la actividad trascendental del sujeto cognoscente, pero incrementando, más allá del acceso científicista al mundo basado en la unilateralidad de la razón pura, el arco de disponibilidades representativas y de síntesis cosmovisivas de la realidad, incluyendo en el mismo las simbolizaciones de carácter religioso, artístico y lingüístico, dotadas de un realce ontológico y solidarias con la razón práctica (tan comúnmente olvidadas en la filosofía occidental). La veta hegeliana queda a salvo al implicar a la pluralidad de modos de acceder simbólicamente al mundo en la unidad dinámica y en-devenir del Espíritu, el cual, en el proceso de despliegue en busca de la autoconciencia, debe de atravesar e integrar (no sólo transitoriamente sino de forma definitiva) las distintas direcciones básicas de comprensión del mundo. Todas ellas alcanzan (como ya ha sido señalado) grado de plenitud ontológica y poseen resortes catego-

³⁴ CASSIRER, E., *op. cit.*, III, 1972, p. 26.

³⁵ CASSIRER, E., *Ibid.*, p. 8.

³⁶ CASSIRER, E., *Ibid.*, p. 9.

riales y conceptuales para «decir» y «representar» simbólicamente la realidad conforme a sus correspondientes «relaciones» originariamente dadas e irreductibles a todas las demás (cosa que en Hegel no ocurre ya que la necesidad transhistórica del cumplimiento de la autoconciencia del Espíritu privilegia al momento final de tipo abstracto-racional y debilita la especificidad de otros modos de acceso al mundo más cercanos a la percepción inmediata y «mágica» de lo real). O lo que es lo mismo, a toda forma simbólica le es «inherente una fuerza originariamente constitutiva y no meramente reproductiva»³⁷, entendida como «una corriente unitaria de vida y pensamiento que surca la conciencia»³⁸ y que la configura, dotándola de contenidos más allá de determinaciones estructurales, ya sean sociales o psíquicas.

Una vez efectuada esta sucinta presentación de la filosofía de Ernst Cassirer, paso a analizar su postura teórica sobre la problemática religiosa que, ubicada en este novedoso horizonte de pensamiento, adquiere un semblante bien dispar respecto al durkheimiano.

De entrada, el presupuesto cassireriano de que el «hombre no puede vivir su vida sin expresarla»³⁹ (y de igual modo las sociedades) sirve para adentrarse en ese abanico de posibilidades trascendentales desde las que «apalabrar» y «expresar» simbólicamente y axiológicamente el mundo. Una de las direcciones básicas de acceso a la realidad a través de la que se expresa el hombre y la sociedad es la síntesis cosmovisiva de tipo mítico-religiosa. Su especificidad radica en la «relación» que subyace a su proceso de despliegue simbólico e institucional, «relación» que se caracteriza por la acentuación de lo que Cassirer denomina «vínculo mágico»⁴⁰ y cuyo correlato no es otro que el de la erosión del papel rector que la cosmovisión moderno-occidental ha concedido a la analítica científico-racional. La pervivencia de ese vínculo mágico entendido como la potencia imaginaria que moviliza el acceso religioso al mundo y a la realidad, supone que «las cosas que desde un punto de vista de la percepción inmediata aparecen desemejantes o desde el punto de vista de nuestros conceptos “rationales” aparecen disimiles, pueden aparecer como “semejantes” o “iguales”, en la medida en que entren como miembros de un mismo complejo mágico»⁴¹. Es más, «la aplicación de la categoría de igualdad no se efectúa sobre la base de la concordancia en cualesquiera características sensibles o en factores conceptuales abstractos, sino que

³⁷ CASSIRER, E., *Ibid.* I, p. 17.

³⁸ CASSIRER, E., *Ibid.* III, p. 239.

³⁹ CASSIRER, E., *Antropología filosófica*, México, 1983, p. 328.

⁴⁰ CASSIRER, E., *op. cit.* II, 1972, p. 227.

⁴¹ CASSIRER, E., *Ibid.* II, p. 227.

está condicionada por la ley de la relación mágica, de la “simpatía mágica.”»⁴² Excluida la razón identitaria de la dirección de la síntesis representativa de la disposición religiosa, es la «relación mágica» la que, más allá de la disección conceptual de lo que hay, legitima la unidad de la vida por encima de géneros y especies, una vida que «tiene siempre el mismo dinamismo y el mismo ritmo, sin importar las diversas configuraciones objetivas en las que se pueda manifestar. Ella es la misma no sólo en el hombre y el animal, sino también en el hombre y el mundo de las plantas.»⁴³ De tal modo que el eje nuclear en torno al cual pivota todo el despliegue simbólico de la disposición trascendental de tipo religioso es esa «solidaridad fundamental e indeleble de la vida que salta por sobre la multiplicidad de sus formas singulares»⁴⁴ y cuya prolongación dice *consanguineidad de todas las formas de vida*⁴⁵ y *transformación súbita de cualquier cosa en otra*⁴⁶. La derivación última a la que se llega supone que la razón pura kantiana queda maniatada e inmovilizada de cara a sonsacar ese posible conjunto de razones que gobiernan el discurrir de lo vital.

En concreto, dos son los pilares sobre los que se estructura la relación mágico-simpatética de la simbólica religiosa:

1. Su concepción *dinámica* refiere a la potencialidad mágico-transformativa ínsita en una realidad en permanente peregrinaje y transformación y, por ende, portadora de un carácter indefinido y polimorfo, algo que se verifica en la preeminencia concedida al *mana* (y equivalentes *wakan*, *manitu*, etc.) que, en el seno de las sociedades australianas estudiadas por Durkheim, funge como auténtico soporte ontológico. El pensamiento salvaje dice de él que es una fuerza, una potencia, una energía, un ser impersonal y ambivalente desprovisto de forma, nunca referido a ninguna realidad superior y en cuyo permanente transitar posibilita las diversas metamorfosis de unas realidades en otras. Por lo mismo, el *mana*, «va y viene a lo largo del mundo y las cosas sagradas constituyen los puntos en los que se posa.»⁴⁷ De hecho, «todas las formas de vida, toda la eficacia de las acciones ya de los hombres, de los seres vivos o de los simples minerales se atribuyen a su influencia.»⁴⁸

⁴² CASSIRER, E., *Ibid.*, p. 227.

⁴³ CASSIRER, E., *Ibid.*, p. 234.

⁴⁴ CASSIRER, E., *op. cit.*, 1983, p. 128.

⁴⁵ CASSIRER, E., *Ibid.*, p. 128.

⁴⁶ CASSIRER, E., *Ibid.*, p. 126.

⁴⁷ DURKHEIM, E., *op. cit.*, 1982, p. 188.

⁴⁸ DURKHEIM, E., *Ibid.*, p. 183.

Ejemplos de la representación religiosa movida por la potencialidad transformativa del mana, es esa comunión coparticipativa entre todos los géneros, clases y especies de la naturaleza (vida humana, animal y vegetal) en la que se establecen entre ellos relaciones y filiaciones *genealógicas* y cuyo correlato es la vida en tanto «un ciclo de permanente de nuevos nacimientos»⁴⁹ donde «todo nacer y devenir está interrelacionado y mágicamente entrelazado.»⁵⁰ Es decir, la dualidad y la contradicción saltan por los aires y quedan legitimadas la sustitución a-causal de un ser por otro por cuanto participados por la energía cósmica que les hace solidarios: «La lluvia fecunda a la tierra, el arado y el surco tienen respectivamente su contrapartida «mágica en el semen masculino, en el miembro viril y en el seno femenino: cada uno se pone y se da al otro.»⁵¹

2. En virtud de la concepción dinámica y fluyente de la realidad, el instrumento intelectual que mejor puede adaptarse a la misma es la *Imagen*, las *Imágenes* o *arquetipos*, como Dioniso, Hermes, Prometeo, entendidos como esos poderes *formativos* de la psique con los que canalizar sin represión la vida anímico-pulsional de la experiencia colectiva. El motivo es que por su condición predispositiva⁵², las Imágenes o arquetipos se aprestan a *dar forma* siempre diversa y *otra* a las significaciones profundas (materia) de la experiencia humana frente al concepto y su lógica de la determinación suprahistórica (lo que es, es *ahora y siempre*). Al decir de Eliade, «si el espíritu se vale de las Imágenes para aprehender la realidad última de las cosas, es precisamente porque esta realidad se manifiesta de modo *contradictorio* y, por consiguiente, no puede expresarse en conceptos.»⁵³ Y es que, en consonancia con la visión dinámica (energética) de lo real, las imágenes en el pensamiento religioso funcionan «de un modo mágico: las figuras funcionan en el Imaginario i-magínicamente, mágicamente, por metamorfosis, transformación o transustanciación. Ello equivale a decir que las imágenes son «mágicas» y no eidéticas, y que se producen por arte de «magia», o sea, por desplazamiento (metonimia) y condensación (metafóricamente) de la Energía, arte típico del Imaginario y de su capacidad proyectivo-creadora.»⁵⁴

⁴⁹ CASSIRER, E., *op. cit. II*, 1972, p. 237.

⁵⁰ CASSIRER, E., *Ibid.*, p. 237.

⁵¹ CASSIRER, E., *Ibid.*, p. 237.

⁵² JUNG, C.G. *Seelen probleme der Gegenwart*, München, p. 48.

⁵³ ELIADE, M., *Imágenes y símbolos*, Madrid, 1992, p. 15.

⁵⁴ ORTIZ-OSÉS, A., *Jung*, Bilbao, 1991, p. 50.

La presencia de la Imagen numinosa como forma de sintetizar lo diverso responde al carácter *polisintético* de la simbólica mítica carente de esquemas conceptuales lógico-identitarios con los que separar la concreción individual de lo universal. De hecho, el carácter *polisintético* de la captación mítica de lo real supone «que sólo está dada a la intuición una sola totalidad indivisa en la cual no ha tenido lugar ninguna disociación de los factores individuales, especialmente los factores objetivos de la percepción y de los factores subjetivos del sentimiento.»⁵⁵ Con la captación imaginaria del mito, el hombre se enfrenta a la *abertura o abismo ontológicos* siempre por «cerrar» creativamente mediante símbolos instituidos, a las múltiples e imprevisibles síntesis de los elementos de la experiencia que se pueden imaginar ya que en este nivel no existen las clausuras conceptuales ni las delimitaciones lógicas de clases, géneros y especies.

Dicho lo cual, la aportación de Cassirer a la disputa en torno a la naturaleza del fenómeno religioso (y de su experimentación por parte del hombre) va quedando perfilada. En el marco de ese conjunto de «disposiciones estructurales» del espíritu, la religión es irreductible a todo tipo de determinación social o psíquica que no sea la libre actividad de áquel. La conciencia mítico-religiosa no aparece reducida a mera «reproducción» de realidades empírico-estructurales, sino que, muy al contrario, su presentificación cosmovisiva y simbólico-institucional alude a «una de las condiciones de la estructura social, uno de los factores más importantes del sentimiento y de la vida en comunidad.»⁵⁶ El par «organización social-religión» es hecho añicos o, si acaso, los términos se invierten. La estructura de la vida colectiva no sería la causa última de las categorías espirituales de la religión «sino que ella está decididamente determinada por éstas»⁵⁷ (un claro ejemplo son las sociedades australianas no-diferenciadas). La realidad de la experiencia religiosa y su posterior «estructuración» social aparecen enlazadas en un proceso de objetivización mediante el cual el constante y caótico flujo de impresiones senso-vitales se detienen simbólico-identitariamente al amparo de la «relación mágica» arriba mentada. Atrás queda la merma del hecho religioso en cuanto reproducción de la organización social llevada a cabo por Durkheim, mientras que la revaluación ontológica de la libre actividad del espíritu, despojado de todo tipo de atadura y dependencia exterior, se establece como tesis sustitutiva⁵⁸. El hecho religio-

⁵⁵ CASSIRER, E., *op. cit.*, 1972 II, p. 72.

⁵⁶ CASSIRER, E., *Ibid.*, p. 223.

⁵⁷ CASSIRER, E., *Ibid.*, p. 241.

⁵⁸ Resulta llamativo que en el horizonte pergeñado por Cassirer las dualidades propias de la metafísica occidental como «sujeto»-«objeto», «interior»-«exterior» quedan diluidas. Estas, basadas en una concepción inmovilista de lo real, pasan a ser, más que dos realidades cla-

so es experienciable ya que existe como disposición representativa en el ya enriquecido marco trascendental que diseña Cassirer. Su realidad, por tanto, más que ser «posibilitada» es «posibilitante» y a priori, de modo y manera que su disponibilidad infraestructural sitúa al hombre (y a la sociedad), en el horizonte de la razón práctica, frente al problema del sentido y de lo sagrado, vale decir, frente a «la parte no-histórica de sí mismo.»⁵⁹

3

Casi cien años después de la publicación del texto de E. Durkheim (*Las formas elementales de la vida religiosa*), el mitólogo alemán Manfred Frank se hace eco de la misma problemática que en su tiempo detectó el sociólogo francés: la carencia de sólidas referencias axiológicas que perturban la fibra moral de la vida moderna. Esta, desprendida del soporte religioso en que se basaban las formas de vida premodernas, aún no ha encontrado una nueva Imagen de sentido, un «nuevo Dios» desde el que favorecer el acercamiento no excluyente entre lo sistémico-funcional, devenido autónomo y autorregulado, y el mundo-de-la-vida, reducido a mero subsistema entre otros y desprovisto de potencial legitimador. Vistas así las cosas, la modernidad se debate entre dos visiones teóricas preponderantes procedentes del ámbito sociológico:

1. La propuesta de Jurgen Habermas incide en la posibilidad de generar mundos instituidos de significado desde el potencial *comunicativo* ubicado en las estructuras formales del lenguaje de toda forma de vida humana, es decir, pone el acento en la dimensión *lógica*, la del *cómo* del proceso de diálogo intersubjetivo subrayando el potencial *fundamentador* de la razón con el que imponer el mejor argumento siempre falible y abierto a reacomodos formales ulteriores. En definitiva, su alternativa radica en proponer una respuesta de carácter procedimental a una cuestión de *sentido*, hacer de un problema axiológico, cuestión puramente epistemológica.
2. La aportación de Niklas Luhmann, mientras tanto, salta por encima de cualquier intento de fundamentación racional e incide en que la creatividad social (de la modernidad y de cualquier otra forma social) radica en el potencial autopoiético y autorreferente

ramente diferenciadas, dos momentos de un *proceso* en permanente devenir. La unidad del espíritu se desdobra objetivando y exteriorizando su subjetividad interna en aras del encuentro consigo mismo y, por ende, con su autoconciencia.

⁵⁹ ELIADE, M., *op. cit.*, 1992, p. 13.

de los sistemas, de las estructuras de planificación político-administrativa de toda sociedad, de modo que la cuestión del sentido axiológico es pasada por alto y devenida *entorno* para el *sistema* social moderno. El elevado grado de diferenciación funcional de la sociedad moderna obliga a ésta a edificar un equipamiento sistémico altamente abstracto que se autovalida en su quehacer de planificación administrativa sin legitimación intersubjetiva de ningún tipo. Dentro de este esquema, en opinión de Luhmann, sólo cabe esperar, sobre la base de un esquema evolutivo no preestablecido en sus desarrollos siempre contingentes, un modelo de sociedad cada vez más complejo y, por ende, favorecedor de una mayor separación entre los individuos y su configuración estructural altamente autonomizada. Dicho de otro modo, la respuesta de Luhmann es que en la actualidad sólo cabe pensar en la autorreproducción del sistema social sin otro objetivo que su mera subsistencia y estabilidad, siempre con independencia de las necesidades axiológicas y espirituales de la sociedad.

Ahora bien, debido a la manifiesta insuficiencia de estas ópticas de cara a buscar respuestas ante el déficit axiológico del que hace gala nuestra sociedad, Manfred Frank recupera el marco teórico planteado por Cassirer y profundiza en la necesidad de revitalizar el profondo de las Imágenes dinámicas sobre el que se edifica toda forma de vida humana. Dicho en otros términos, en Manfred Frank se reencuentran y coinciden la problemática planteada por Durkheim casi un siglo atrás y la respuesta que a la misma se puede deducir del pensamiento del filósofo neokantiano. Por todo ello, el mitólogo alemán, antes de cualquier otra consideración, entiende que no bastan las alternativas en clave puramente racional o funcional, antes bien, que sólo la revitalización de la captación religiosa de lo real, el regreso al mundo de las Imágenes míticas o arquetipos infraestructurales (Dioniso, Gran Madre, Uroboros, Héroe) que siempre han inspirado la creatividad humana, garantiza de forma transitoria y provisional la sutura simbólica de la *fractura ontológica*, de la dualística de los contrarios (bien-mal, conciencia-inconsciencia, etc.) en que se debate la vida humana sin posible reconciliación definitiva de los mismos.

Porque, en efecto, como demostró Durkheim, la problemática de fondo con la que se desangra la actual sociedad es de carácter religioso, de sentido. En el contexto de la obra de Frank, el adjetivo «religioso» refiere a que el conjunto de instituciones y pautas de acción propias de la modernidad carecen de ligazón con un valor radical, con un valor que, más que fundamentarlas racionalmente, las *legítimas* axiológicamente. De esto se trata, en opinión del mitólogo alemán, ya que mientras fundamentar

significa únicamente remitir a la causa originaria (como en las fundamentaciones de la filosofía clásica), *legitimar* dice remisión «a un contexto sacro»⁶⁰. Dicho en otros términos, legitimar algo significa «referirlo a un valor indiscutible para los hombres. Y para los hombres (de un mismo pueblo) lo único indiscutible en sentido radical es aquello que pasa por ser *sagrado, incontestable, omnipresente, todopoderoso*.⁶¹

Más en concreto, como se avanzaba en la propuesta de Cassirer, la legitimación y, por ende, la constitución de un nuevo horizonte de vida social, sólo puede pergeñarse a través de la aprehensión religiosa de lo real, de sus Imágenes míticas que desde tiempo inmemoriales, desde el *homo pictor* hasta el *homo faber*, han organizado y reencantado la vida de los hombres en sociedad, han facilitado la *descarga (entlasten)* no-respresora del potencial anímico-pulsional de la vida humana sublimándolo en instituciones sociales (Gehlen) portadoras de estabilidad perceptiva y perdurabilidad temporal, todo ello bajo la mediación axiológica de base.

El regreso de Frank al fondo universal de las Imágenes arquetípicas se basa en el convencimiento de que este inframundo religioso (o Imaginario psicosocial), nunca reconocido con *consistencia ontológica propia* por la ciencia social y, por lo mismo, por Durkheim, no aparece únicamente como un mundo «ilusorio» y «segundo» (Durkheim) que edulcora las perversiones de una realidad institucional siempre autónoma en sus procesos autoproducidos, sino, al igual que Cassirer, como auténtica *condición de posibilidad*, de toda estructura psicosocial por diferenciada que ésta pudiera ser en su configuración sistémica. En concreto, su realidad es última y ontológica, nunca refleja. Dicho por Frank, todo lenguaje social, toda semiológica institucional remite en su génesis, antes que a un desarrollo histórico-horizontal, a una sublimación arquetípico-vertical donde la creatividad (imaginaria) del grupo estaría siempre ligada a «actos simbólicos y decisiones axiológicas (es decir, de valor), cuyo origen se sitúa en el nivel de la interacción social, y a los que en un primer acercamiento me gustaría calificar de míticos.»⁶² En otros términos, el momento fundacional y ontológico del mundo psicosocial tiene «su raíz en actos que no son *designativos*, sino *simbólicos*.»⁶³ Por lo mismo, según esta óptica que coincide con la defendida por Cassirer tendente a verificar la filiación imaginaria y metafórica de toda cubierta racional, no es de recibo proponer como Durkheim, la dependencia de *lo religioso* respecto a la estructura organizativa de la vida social. Tal pro-

⁶⁰ FRANK, M., *op. cit.*, 1982, p. 81.

⁶¹ FRANK, M. *Ibid.*, p. II.

⁶² FRANK, M., *Ibid.*, p. 109.

⁶³ FRANK, M. *Ibid.*, p. 109. El subrayado es mío.

puesta supone la quiebra de la irreductibilidad de la protoexperiencia religiosa-creadora del mundo malinterpretada como *segunda y refleja*, esto es, desprovista de estatuto trascendental alguno.

Tras lo expuesto, es lícito pensar que Frank ha abierto una nueva vía de análisis en el pensamiento social con la que reactualizar la problemática durkheimiana propuesta casi un siglo antes, sin por ello asentir con la solución dada por el sociólogo francés a la citada cuestión. Mientras éste únicamente sólo pretende regenerar la vida moral de la sociedad moderna desde *las instituciones* repescando la experiencia religiosa, ritual y efervescente de toda vida humana sin trastocar su imagen *prometeica* latente, sus presupuestos básicos que derivan hacia una visión de la sociedad como cuerpo racional, autónomo y en permanente proceso de diferenciación funcional en sus procesos de reproducción material, Frank, desde el legado de Cassirer, pretende regenerar *el dispositivo imaginario, la axiología profunda* de la experiencia moderna del mundo basada en una vivencia protestante e iconoclasta ya agotada, es decir, aspira a recrear, revivir religiosamente el inframundo de Imágenes que, como patrimonio de la memoria de la especie humana, ofrecen, por su indefinición y dinamismo, la opción de suministrar permanentemente significación a toda vida humana, abren la *posibilidad* de establecer novedosos marcos axiológicos sobre los que fundar inéditas relaciones entre las palabras y las cosas. Frente a Durkheim, Frank hace de la vivencia mítico-religiosa, en la que se reúnen el carácter histórico del grupo con la universalidad de las Imágenes, magma originario e irreductible desde el que fundar inéditos horizontes de vida colectiva, desde el que crear nuevos dioses hoy ausentes. Como se decía antes, el Imaginario o inframundo mítico-religioso remite a la categoría de *posibilidad* frente al de identidad y determinación, *posibilidad* en la que prima el *sentido*, el factor anímicofigurativo capaz, por su potencial mediador, de «fundir en una unidad motivos lógicamente heterogéneos»⁶⁴, apto para recrear en la historia bajo múltiples formas e *eides* lo elemental-caótico o arquetípico⁶⁵.

⁶⁴ WEBER, M., *Economía y sociedad*, México, 1985, p. 364.

⁶⁵ Conviene advertir que el reconocimiento del Imaginario religioso y sus arquetipos primordiales como profondo trascendental desde el que *imaginar e inventar* (Frank) cualquier proyecto de vida social, no excluye como «menores» la presencia de los aspectos racionales de la vida humana. Muy al contrario, en éstos se encuentra lo que Habermas ha denominado *potencial crítico del lenguaje intersubjetivo*, a través del cual el grupo consensúa el formato institucional, la estructura política en que se «realiza» su proyecto imaginado, a la vez que revisa críticamente los desajustes y perversiones que su despliegue haya podido generar. Por otra parte, sin el soporte figurativo, sin su actividad creadora, la sociedad, como la moderna, abandona la vida humana a la esfera tecno-económica sin rastro-rostro alguno de trascendencia.

Tras todo lo expuesto parece deducirse que Frank enriquece el concepto «religión» defendido por Durkheim y hace de él instancia fundante y legitimadora básica por cuanto refiere al originario acceso al mundo desde lo sagrado (o, imaginario) de toda sociedad en embrión. De hecho, la palabra «religión» procede de la forma latina *religare* que dice «religar», «ligarse a las potencias sagradas» (o protoimágenes arquetípicas dadoras de valor) cuya sobreabundancia semántica, en términos de Benjamín, *abre y despeja* el horizonte de interpretación social.

En definitiva, la función *sintética* de la experiencia míticoreligiosa refiere a una esfera, la imaginaria, de la vida humana, que ignora la existencia de identidades conceptuales de carácter suprahistórico, y que únicamente conoce la *relación*, el dinamismo de las Imágenes en permanente proceso de asociación y proyección, de génesis de sentido. Dicho con Durand, el Imaginario es la facultad de *lo posible* de cuyo magma brotan inéditos y súbitos esbozos de formas sociales sólo explicables por la inmanencia (trascendente) de la creatividad mítico-religioso de toda vida humana. En palabras de Frank, «de lo que se trata es de preservar el espíritu sintético, creador de una imagen del mundo, que se expresa en la capacidad de *inventar* y *coniuntar* (que es en definitiva lo que significa «composición», «poesía»). Y quien conserva este espíritu no está conservando un pasado, sino que de él extrae el «mundo futuro». El espíritu es la *fuerza de renovación* y la «imitación» sólo puede surgir unida a un total rejuvenecimiento, ya afecte a objetos del mundo presente o del mundo futuro.⁶⁶

Por todo lo cual, conviene decir de Durkheim que fue quien un siglo antes recalcó la quiebra moral y religiosa que afectaba a la vida moderna a través de la sobreabundancia de efectos anómicos surgidos de sus desajustes intersistémicos. Tal vez es más dudoso su solución basada en una suerte de recuperación de la experiencia religiosa regeneradora sin atinar con la auténtica naturaleza de la misma, su carácter, nunca reflejo, sino trascendental, ontológico y posibilitador de múltiples sentidos sociales siempre *por-llegar* y *por-ser*, como el dios Dioniso (Iaco y Cristo) que arriba desde el mundo del misterio, desde la noche que *prepara lo revelado (lo abierto), pero sin contenerlo ella misma*⁶⁷, desde el mundo de la arquetipicidad sincrónica donde cada segundo mienta a *la pequeña puerta por la que siempre puede entrar el mesías*⁶⁸. La óptica positivista del momento que abogaba por tratar a «los hechos sociales como cosas» tan sólo era capaz de captar a la sociedad como institución instituida (estáti-

⁶⁶ FRANK, M., *op. cit.*, 1982, p. 151.

⁶⁷ FRANK, M., *Ibid.*, p. 267.

⁶⁸ BENJAMIN, W., *Discursos interrumpidos I*, Madrid, 1982, p. 191.

ca y racional) y en su calidad de forma consumada en la historia por el proceso inmanente y autónomo de diferenciación funcional. Ahora bien, la misma óptica suponía una barrera para auscultar en toda obra humana el *sentido*, el matiz, el arquetipo reanimado en torno al cual tiene lugar la transfiguración de la imagen en razón, la organización del caos anímico-pulsional de la vida social en horizonte de representaciones colectivas. A esto refiere Frank cuando sugiere que al análisis positivista de los eventos espirituales ignora el matiz axiológico, el potencial imaginario, la imagen religiosa de base que combina lo elemental-caótico generando una nueva imagen del mundo. En efecto, «estudiar la estructura de una Imagen del mundo (de un lenguaje o un organismo) significa efectivamente descomponerla, pero la tarea de descomposición también presupone tácitamente que, de igual manera, tiene que existir a nuestra disposición un corpus compuesto *con sentido* y es concretamente esta donación de composición la que escapa al análisis.»⁶⁹

A todo esto tan sólo cabe añadir, por tanto, que la experiencia mítico-religiosa refiere más a lo instituyente que a lo institucional o Iglesia (Durkheim), más a lo ontológico que a lo confesional. Se trata «menos de un contenido, que es del orden de la fe, que de un continente, es decir, de algo que es matriz común o que sirve de soporte al “estar juntos”.»⁷⁰ Sobre este particular, también Unamuno asiente con esta visión instituyente y dinámico-creadora de la experiencia religiosa al apuntar que «la fe es, pues, si no potencia creativa, flor de la voluntad y su oficio crear. La fe crea, en cierto modo, su objeto. Y la fe en Dios consiste en crear a Dios.»⁷¹

Por todo lo cual, a la opinión tan difundida en nuestros días del carácter ya superado de la experiencia mítico-religiosa en el mundo secularizado moderno, habría que responder afirmando su carácter sincrónico y trascendental y, por ende, el potencial creativo y de novación de sentido que anida en su relacionalidad mítico-transformativa. Todo orden plasmado en lo históricoinstitucional, si bien puede disponer de una configuración estructural secularizada (como la moderna) o de mayor carácter religioso (Oriente, sociedades australianas, etc.), en su base disponen de un soporte arquetípico-religioso irreductible y posibilitador. Esto ya lo sugería el propio Durkheim cuando en una forma de vida tan secularizada como la moderna, entrevió la vivencia religiosa como fuente creadora de dioses: «Esta capacidad de la sociedad para erigirse en un dios o para crear dioses no fue en ningún momento más perceptible que durante los

⁶⁹ FRANK, M., *op. cit.* 1982, p. 149.

⁷⁰ MAFFESOLI, M., *El tiempo de las tribus*, Barcelona, 1990, p. 88.

⁷¹ UNAMUNO, M., *Del sentimiento trágico de la vida*, Madrid, 1989, p. 184.

primeros años de la revolución francesa. En aquel momento, en efecto, bajo la influencia del *entusiasmo general*, cosas puramente laicas fueron transformadas, por parte de la opinión pública, en cosas *sagradas*: así la Patria, la Libertad, la Razón. Hubo la tendencia a que por sí misma se erigiera una religión con sus dogmas, sus símbolos, sus altares y sus efectividades. El culto de la razón y del ser supremo intentó aportar una especie de satisfacción oficial a esas aspiraciones espontáneas.⁷²»

Este eje muestra que antes de que la religión se establezca en el horizonte institucional bajo el formato de Iglesia, su poder de *ilusionar* (Nietzsche) emerge, constituyendo sentido, desde el reducto trascendental del Imaginario donde anida la universalidad de las Imágenes arquetípicas que animan la creatividad humana desde siempre. No en vano, y como colofón, «el Sentido siempre es religioso en su núcleo, sólo sus posteriores sentidos, significados o acepciones son seculares.»⁷³

⁷² DURKHEIM, E., *op. cit.*, 1982, p. 201.

⁷³ ORTIZ-OSÉS, A., *Así ni habló Zaratustra*, Barcelona 1990, p. 75.

OPERACIONES NOTABLES DE LA CIENCIA DEL DERECHO

Manuel María Zorrilla Ruiz

Catedrático de la Universidad de Deusto
Profesor Visitante de la Universidad de Burdeos (Francia)
y de la Universidad de Lodz (Polonia)

1. Función y utilidad sociales de la ciencia del Derecho

El Derecho es un producto indispensable para la estabilidad y el buen gobierno de cualquier sociedad que, como conviene a su naturaleza, se encamina a la *consecución del bien común*. Idea que, ante todo, se plasma en una *coexistencia* conflictiva y templada por el buen sentido de los ciudadanos y el adiestramiento en el respeto de los derechos ajenos. Se refleja también en cuantas *acciones de colaboración* se precisan para asumir ciertas cargas y soportar las oportunas responsabilidades. Consiste, además, en una *participación* consecuente con el derecho a beneficiarse de las adquisiciones que integran un patrimonio extensivo a cuantos forman las comunidades o grupos comprendidos en el todo del cuerpo social.

El Derecho —sustento y vestidura de la sociedad que se organiza en el Estado y que no puede soslayar las soluciones jurídicas para suavizar la rigidez de sus tensiones interiores— no se debe a una iniciativa desinteresada o platónica, sino a la decisión de las colectividades que le descubren y emplean para defender —los más pesimistas— su *instinto de conversación* y encauzar —los más optimistas— su *proyecto de solidaridad*. A medida que las declaraciones solemnes de derechos se instalan en los horizontes de la libertad, resuena, en todas ellas, el eco de esta o parecida idea. La vieja consigna revolucionaria —*libertad, igualdad, fraternidad*— muestra que, a impulsos de las dos primeras, el individuo escapa a las servidumbres de la tiranía y de la fuerza incontrolada, para sobrevivir como persona que —dejando definitivamente de ser *súbdito*— estrena y exhibe con orgullo su nueva y briosa condición de *ciudadano*. El sentimiento de solidaridad concita y anima los esfuerzos precisos para andar los caminos que colman las ilusiones del presente y entrenan en la edificación del porvenir. El Derecho así solicitado intenta superar estos

retos, pero, al hilo de las dificultades que registran las experiencias de sus fracasos y sus éxitos, se convierte en un *problema en sí mismo*. Dejando de ser un útil simplificado y manejable, se transforma en un ingenio de vastas dimensiones. Su mantenimiento debe asegurarse como el ajuste de una compleja y delicada maquinaria que no puede detenerse ni romper el ritmo regular de su marcha. De ahí emana la inquietud de un *pensamiento de problemas* planteados para responder a los interrogantes y superar las dificultades que acompañan a la producción, aplicación y conocimiento del Derecho. De ahí sólo hay un paso a la conversión del Derecho en *objeto científico* y a la apertura de un debate sobre el acierto de esta opción, y las propuestas que desencadena.

La distinción estética y el aprecio moral que dispensó al Derecho la sociedad romana, explican la reputación y predicamento que ganó hasta el punto de reputarse *el arte de lo equitativo y de lo bueno*. Del Derecho se ha dicho que, en unión de otros rasgos significativos, constituye una de las claves o *expresiones fisiognómicas* de la *cultura occidental*. Importancia que cundió a lo largo del tiempo y que, en su momento, dio lugar a que una esmerada rehabilitación científica de los materiales del Derecho romano generase una inquietud cuya *excelencia de contenido y de sistema* precedió al ímpetu del *movimiento codificador* e hizo de éste, pese al discreto crédito de las corrientes descodificadoras, un modelo imitable.

2. Enclave de la ciencia del Derecho

El Derecho constituye un *producto científico* cuyas reglas de ordenación se proponen, por encima de todo, disipar la oscuridad y combatir la anarquía expositiva. Siempre aspira a condensar sus verdades en proposiciones sencillas, comprensibles, persuasivas, útiles y armónicamente coordinadas. La suma de experiencias constitucionales y codificadoras de fe del éxito de una propensión tan doctrinalmente sugestiva como socialmente fecunda y perdurable.

Las *ciencias de la naturaleza* se reconocen porque, al materializarse las hipótesis prefiguradas en sus leyes, los efectos —que éstas enuncian y predicen por obra de una averiguación inductiva— sobrevienen inexorablemente, sin precisarse la interposición de una conducta humana para su producción. Todas las *ciencias del espíritu* —en cuyo *espacio habitable* reside el Derecho— se singularizan por lo insuficiente de la simple existencia y verificación del supuesto o circunstancia histórica —que sus leyes cuidan de definir caso por caso— para prever las consecuencias que no pueden surgir sin el concurso de una mediación especulativa

que haga viable su proyecto y agote sus posibilidades de eficacia. Las normas jurídicas —leyes, en su sentido más amplio, que pueblan el mundo del Derecho— carecen de un *impulso interior* que les haga eficaces sin el empuje de un *componente activo y exterior*. Si se acatan voluntariamente, su bondad viene de la conformidad y aceptación de cuantos, dispuestos a cumplirlas, realizan pacíficamente el programa de su supuesto de hecho. Si se desobedecen o cuestionan, su solo imperio no basta para restaurar automáticamente el orden jurídico alterado por su desconocimiento o transgresión. Se requiere que una operación intelectual individualice y declare dicha necesidad, sin perjuicio de acudir a una *compulsión adicional* en el caso de que esa aceptación —consiguiente a un juicio lógico y una valoración favorable de cada estado de cosas— no llegue a producirse.

Nada es tan elocuente como la equiparación de la efectiva tutela judicial al derecho fundamental de todas las personas a obtener de la jurisdicción una protección gradual de esta naturaleza (art. 24.1 CE). Ello apareja —como interposición de la voluntad declarativa de un poder del Estado— la posibilidad de conseguir una respuesta —favorable o adversa, pero siempre formalmente motivada y animada por un discurso mínimamente persuasivo y sólido— al problema de fondo que se dilucida. Comprende asimismo las operaciones conducentes a la satisfacción del interés cuya legitimidad se arguye para provocar una atención transformadora y no un aserto retórico que se detiene a mitad de camino entre lo eficaz y lo testimonial.

Así las cosas, la ciencia del Derecho no pertenece al ámbito de las ciencias exactas, ya que —a diferencia de ellas— no permite aquilatar, inequívoca y exhaustivamente, la verdad objetiva ni el acierto absoluto del discurso a que acostumbra los juristas, y de las conclusiones que establecen cuando deciden las cuestiones de su oficio y especialidad. La solución de un problema cuyo planteamiento y decisión se arreglan a las leyes de la naturaleza es única. Si su sentido se aparta o aleja de la verdadera respuesta, siempre hay medios y procedimientos —completa y no sólo relativamente fiables— para cerciorarse de la discrepancia y proceder a su denuncia. Los problemas *jurídicos toleran* más de una *solución aceptable* —que no es lo mismo que una *respuesta exacta*— y, si se apuntan varios, no cabe eliminar, en nombre de una verdad comprobable categóricamente, todas menos una de las que se proponen. Siempre y cuando se muestren convincentes y sanamente razonables, cualquiera de ellas puede aspirar a que sus pretensiones de verdad perduren. Ello no impide que, pese a sus respectivas *cuotas de razonabilidad*, todas resulten intrínsecamente falsas a la luz de un Derecho ideal cuya elección indubitada es, las más de las veces, *misión imposible*. Basta que los crite-

rios de que usa la ciencia del Derecho para resolver sus problemas, consigan persuadir, dado el peso de su autoridad dialéctica, a espíritus sanamente críticos, de la solvencia del discurso que informa una solución determinada, y de la dosis de justicia que, sin merma de sus garantías tecnicojurídicas, le asiste en esas circunstancias.

3. Razonabilidad metodológica de la ciencia del Derecho

La idea de *razonabilidad* —afín a la de *posesión de cordura jurídica* o, si se prefiere, de *animación científica del sentido común*— familiariza con la diversidad y contingencia de las opciones que forman el soporte metodológico de la ciencia del Derecho. Trasladada a las peripecias del período constituyente, quiere decir que, si la ley fundamental acumula conceptos jurídicos indeterminados o frecuente proposiciones muy flexibles, su desarrollo legislativo admite alternativas de contenido variable, queridas por un legislador que, sin duda, las juzga enriquecedoras y valiosas. Acepta, como grandeza y servidumbre de sus previsiones, que, gracias a esa elasticidad, el Derecho constituido incorpore adquisiciones venidas de cualesquiera zonas ideológicas.

La ciencia del Derecho no sólo edifica y hace suya la *metodología de la razonabilidad*, sino que también descubre el acierto de su aplicación y transferencia a las acciones jurídicamente notables de los poderes públicos. He ahí un auxilio de primera magnitud para facilitar, en lo que respectivamente tiene de autolimitación y garantía, la sujeción de los ciudadanos —en cuanto propiamente tales, administrados y justiciables— al ordenamiento jurídico.

La razonabilidad se predica de la legislación ordinaria, porque, como se ha dicho, el *decisionismo político* —inseparable, por naturaleza, de esta potestad e inspirado en el valor superior del pluralismo que guía sus manifestaciones (art. 1.1 CE)— autoriza y fomenta distintas lecturas aceptables de un mismo pasaje constitucional, e invita a su despliegue de acuerdo con criterios que —aun cuando incompatibles con otros de ideología divergente y no, por ello, menos constitucionales— traslucen, como no puede menos de ocurrir, las pautas de su credo ideológico. Aplicada a la actividad ejecutiva, la razonabilidad se condice con la prescripción del pleno sometimiento de sus titulares a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE), y se completa con la consigna de adecuar esas acciones a los fines que las justifican, a causa de una discrecionalidad cuyo presumible acierto les hace jurídicamente respetables (art. 106.1 CE). El ejercicio de la jurisdicción es razonable si los actos judiciales de aplicación del Derecho se impregnan de un *tanto* de *sugestión intelectual* bastante

para que, sin perjuicio de otras interpretaciones concurrentes, se les conciba como decisiones cuyo tino está respaldado por la conformidad social. Verificar, desde un punto de vista constitucional, la efectividad de la tutela judicial no es subrogarse, para controlar el acierto intrínseco de sus criterios tecnicojurídicos, en la postura del juez ordinario que ha de resolver. No es convencerse —apurando las referencias críticas— del acierto de los argumentos que avalan sus pronunciamientos, salvo si encierran juicios o conclusiones aberrantes que necesitan corrección. Es, menos crudamente, cerciorarse de si hay un esfuerzo razonador y discursivo que —siquiera expuesto a error, como cualquier acción falible y aún más las de las ciencias del espíritu— defiende y asegura, sin turbación intelectual ni repugnancia moral, la solución que fluye de una aplicación natural —no violentada— de las normas de Derecho objetivo.

4. Pretensión ordenadora y armónica de la ciencia del Derecho

La ciencia es merecedora de este nombre si, gracias a su calidad metodológica, supera la pobreza de la impresión causada por un alud de datos inconexos, viciosamente acumulados y constatados de modo incompleto, tal y como de antiguo se han ocupado de ellos los saberes rudimentarios o acientíficos. La ciencia debe constatar el acervo de verdades en que se mira su curiosidad, cualquiera que sea su magnitud histórica, social o económica. Ha de configurarlas con la pulcritud y aprecio necesarios para dar con éxito los primeros pasos del conocimiento científico y fijar, sin yerros, las constantes con que se dispone a operar.

La ciencia encara tales situaciones y determina la medida en que su interrelación o sus puntos de conexión obedecen a reglas que, una vez descubiertas y reducidas a proposiciones comprensibles, engrosan el haz de las *verdades provechosas* —en cuanto indispensables para alcanzar sus fines— de la parte del saber a que afectan. La ciencia agrupa sus verdades en un *todo sistemático* que, como se dijo de lo bello, *complace a la razón y la convence*, pues las presenta de *forma equilibrada* y reñida con las tentaciones de desorden, *cómodamente perceptible* —de ahí la excelencia del *efecto mayeútico* o recompensa del esfuerzo que abre paso a la verdad científica— e *intelectualmente sugestiva*, pues el proceso de hallazgo y formulación de la verdad despierta reacciones de devoción y elogio.

La tarea de sistematización o *puesta regular de cada cosa en el lugar o espacio que le corresponde*, conviene a todo hacer científico que, preciándose de tal, persigue el progreso de su conocimiento y el éxito de su investigación. El Derecho —más que cualquier otra ciencia— alimen-

ta sus operaciones científicas del *propósito* y *el tono sistemáticos que indefectiblemente le acompañan*. Una de las adquisiciones —que, culminando el éxito del positivismo legalista, quiso liquidar, sin fortuna, la querencia por el *retorno incesante del orden natural*— del *espíritu armónico y universal*, fue el triunfo de las ideas codificadoras que, al precio del valor sistemático de sus ensayos, dieron por inmejorable un Derecho cuya excelente calidad provenía del esfuerzo ingente de coordinación y puesta en orden —con presencia coordinada, armoniosa y útil— de los materiales elegidos entonces. Proscribía, por innecesariamente perfeccionista y socialmente superabundante, la pretensión de controlar sus normas en nombre de la *justicia material* y de ir más allá de un tratamiento que, de una vez por todas, depurase la calidad óptima de aquéllas.

El Derecho ha ejercitado siempre una aspiración ordenadora interna y externa. Se ha propuesto racionalizar eficazmente la vida social mediante normas que, en lo posible, se señalan por su adecuación a los ideales de justicia y que no obedecen a la *voluntad pura y dura*, por dominante y/o temible que parezca, de quienes encarnan y/o ejercen el poder. Pese al énfasis que reitera la autosuficiencia de la positividad del Derecho objetivo y apela a la legitimación conferida por el sistema de normas propias del ordenamiento jurídico que le corresponde, no es posible rehuir las referencias que —con más o menos vehemencia o entusiasmo, pero nunca casual o inadvertidamente— hace el legislador a *valores de base metafísica* o conexos con los atributos de la dignidad del ser personal. Esta actitud de sensibilidad moral puede exigir, por excepción, una interpretación directamente asociada, a esas esencias moralizadoras (art. 1.1 CE). Así ocurre, porque todo sistema pone orden y armonía allí donde su vigor constructivo coopera a que la verdad científica brille con luz propia y no decaiga en su esplendor. La defensa del *orden natural* —de cuya integridad formaba parte el *universo de las cosas y de las causas justas*— había alcanzado un grado de perfección insuperable y se regía por un depósito de leyes llamadas, a causa de ello, *naturales* y orquestadas por un fondo de *música celestial*.

A la perseverancia y suficiencia del entendimiento humano incumbía —tratándose del Derecho— descubrir y mecanizar la vida de las normas rectoras de sus instituciones, porque sólo un ejercicio de persecución gradual y laboriosa permitía escrutarlas minuciosamente y agotar la riqueza de sus derivaciones.

Además de lograr los objetivos de regulación exterior y trato ordenado de la vida social, el Derecho reacondiciona, sin tregua, sus propios materiales y responde al reto diario de su cualidad de *disciplina constructiva por esencia y sistemática por excelencia*. El Derecho *es más igual a sí mismo* —activando el proceso de perfectivo de su identidad—

y deviene tanto más eficaz, cuanto más accesiblemente se conocen y aplican sus normas, dado el nivel de madurez que alcanza el sistema de que forman parte. Las ciencias de la naturaleza son disciplinas cuyo aserto dogmático de las verdades propias no puede discutirse, si el efecto de la aplicación de sus leyes se ve avalado por la irrefutable comprobación de su certeza. Las ciencias del espíritu son —no huelga repetirlo— polémicas y relativizadas, porque sus opciones cognoscitivas toleran la razonabilidad de varias soluciones —una sola de las cuales es, a lo sumo, cierta, pero improbable— o porque insinúan un principio de escepticismo sobre la certidumbre de que, con todo y eso, la clave de la verdad está en alguna de las propuestas razonables que alternativamente se sugieren. La ida en pos de dicha solución se ve, en la práctica, forzada por la prohibición —impuesta a los órganos jurisdiccionales— de abstenerse de fallar si la norma jurídica calla o es ininteligible o incompleta (art. 1. C.c).

Influye en ello, sobre todo, la distinta rigidez de los respectivos mecanismos causales. El de las normas del mundo ontológico presupone el juego de una causa única, eficiente, inmediata e identificada con la producción del hecho físico que la desencadena. El de las normas deontológicas viene del concurso de dos causas eficientes, una de las cuales es mediata y la otra —constituida por el acatamiento del mandato o la prohibición, o por la declaración, comúnmente judicial, de su eficacia— actúa de modo inmediato. El rigor del primero de ambos procesos causales exige soluciones cuya justicia coincide con el respeto a la verdad objetiva —una y única— a que da lugar su aplicación. La flexibilidad o, cuando menos, la variedad de alternativas que el segundo tolera, obliga a conformarse con el beneficio de las soluciones razonables. La *razonabilidad* se señala por la ausencia de carácter descabellado o aberrante de la solución obtenida, por la posibilidad de trabar, sin violencia lógica ni arbitrariedad, argumentos de sólida apariencia, por la buena acogida social de la tesis propuesta y por la persuasión del discurso con que se defiende su línea de fuerza.

La perfectibilidad de las soluciones razonables resalta con ocasión del juego del *principio de igualdad en la aplicación de la ley*, corolario de la norma fundamental que proclama el derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE). La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y la sumisión exclusiva de los jueces y tribunales al imperio de la carta política y de la legalidad ordinaria (arts. 117.1 CE y 1.1 LOPJ), justifican la vinculación de los órganos jurisdiccionales a la doctrina ya fijada en anteriores decisiones de la misma o análoga cuestión. Interviene, guardadas las distancias, una regla afín a la prohibición —típica de las situaciones de Derecho Privado— de ir contra los propios actos y violar los *deberes de lealtad y corrección judiciales* que, como

expresión de buena fe (arts. 7.1 C.c. y 11.3 LOPJ), obligan a los jueces ordinarios frente a los usuarios de las normas de Derecho objetivo. No puede desautorizarse una apariencia que ha venido fundando la confianza en la realidad que pregona o la sujeción al *precedente* de otros sistemas jurídicos. El criterio que entonces prevalece y se acata no tiene por qué petrificarse si, al cabo de algún tiempo, sobreviene una reflexión cuya *excelencia convincente* prevalece sobre la *menor razonabilidad* de la que precede. Ello ocurre porque así conviene al *ciclo de maduración* de las opciones peculiares de la aplicación del Derecho. La orientación adoptada inicialmente se presume acertada, y el juez —privado de razones de peso para abandonarla y apartarse de ella— debe atenerse a un parecer que hasta el momento no ha sido desvirtuado de raíz, ni corre el riesgo de verse desplazado por otro más contundente y plausible. Tan pronto como el juez se cerciora de la existencia de un discurso más valioso y rico en argumentos que el que ha determinado su vinculación al precedente, deja de estar justificada la sujeción a su doctrina y se disipa el fundamento de la adhesión —que se reforma— a la tesis jurídica de origen.

5. Preferencia sistemática de la ciencia del Derecho

La influencia de lo sistemático en la construcción de la ciencia del Derecho tiene manifestaciones muy notables. Pese a pertenecer al campo de las ciencias del espíritu y disponer de un margen de amplitud constructiva, los peligros de errar en sus juicios obligan a multiplicar un esfuerzo de rigor y precisión que otras disciplinas de su mismo medio no exigen o sustituyen, sin mayores reparos, por el recurso a la simulación o el arbitrio. El método cobra máxima importancia en el estudio del Derecho, a causa de la inexcusabilidad de su empleo para definir *lo que el Derecho es*, como realidad ontológica, y conocer *lo que significa*, como respuesta a la grandeza de su *desafío finalista*. El Derecho —que, por fortuna para la causa de la sociedad y la persona, no es una ciencia exacta— llegó a auxiliarse de las disciplinas matemáticas cuando la especulación racionalista y la expansión de su yusnaturalismo secular sostuvieron que, desde esa zona de severo conocimiento científico, se cooperaba eficazmente al hallazgo y depuración de las verdades jurídicas. Tal vez las averiguaciones genéticas expliquen algún día por qué en un linaje familiar de juristas notables conviven distinguidos cultivadores matemáticos. La aportación de la informática al Derecho, enriquecido con su contribución, muestra lo incierto y discutible de su *vertiente oscura* o propensión a sustituir —como un legado más de la inteligencia artificial y de las servidumbres que sus

especialistas trivializan o disimulan afanosamente— lo que la ciencia jurídica encierra de *particularismo creativo*.

Gracias a la estima y el uso de lo sistemático, el dogmatismo jurídico no es un acopio unilateral e intransigente de verdades, sino la *asimilación de la capacidad de revisar un acervo de soluciones razonables y sometidas a los controles de la crítica*.

La dogmática jurídica es la *oferta doctrinal* o científica del Derecho a través de una propuesta más o menos vasta y complicada. Ello aumenta las oportunidades de ventilar los problemas derivados del funcionamiento de una institución jurídica o a la emergencia de ciertos fenómenos que, imprimiendo carácter al mundo del Derecho, predisponen a análisis enriquecedores del *patrimonio pensante* del sistema y aseguran el equilibrio armónico de sus elementos. La técnica jurídica es la suma de criterios que las soluciones dogmáticas adoptan y difunden para realizar actos singulares de aplicación del Derecho.

La delicadeza de la construcción sistemática se agudiza y agrava cuando actúa sobre el depósito de seguridad y de certeza que procura el acervo del Derecho constituido. Tiene que ser más cuidadosa, porque su acierto queda puesto a prueba cuando se suscitan dificultades de aplicación de las normas jurídicas afectadas por la configuración y el dinamismo del sistema al que pertenecen. Trátase, en suma, de un *ejercicio de responsabilidad*. Su función puede relativizarse u ofrecer soluciones alternativas que, desbordando los confines de la dogmática jurídica, se internan en los pagos de la *consideración filosófica del Derecho* y los invaden para explotar sus yacimientos. Ello no excluye lo sugestivo y, a la vez, dramático de una mayor libertad especulativa que, a cambio de la movilidad del discurso, se sensibiliza a problemas de gran envergadura y los reconstituye de raíz. Cuestión que se aborda más saludablemente a la luz de las soluciones de un Derecho Positivo que, aunque acorta el vuelo de su pensamiento, multiplica su eficacia y permite fijar el óptimo de sus posibilidades. Nadie, por citar un supuesto vigente, niega la importancia de un atinado planteamiento del régimen de la *guerra justa*, siempre y cuando quepa revivir este tema, ni deja de lamentar la ausencia de textos, aún rudimentarios, en que apoyar su reconstrucción y actualización doctrinales.

6. Expresiones sistemáticas de la ciencia del Derecho

El Derecho es infiel y deja de servir a sus fines, si pierde de vista que los requerimientos de la dogmática jurídica se cumplen mediante operaciones de *definición, tipificación y calificación*. Tres especies concatena-

das y simultáneamente imprescindibles para que la dogmática satisfaga esos fines.

Definir es describir y delimitar una institución a través de los rasgos que la configuran inequívocamente y la distinguen de otras a las que se asemeja o con las cuales puede confundirse. *Toda definición provee insustituiblemente a este designio de identificación.* También sirve para completar las operaciones interpretativas, si hay que acudir al contexto de las normas jurídicas —parte integrante de esas definiciones— que las hace comprensibles en el caso de oscuridad o ininteligibilidad de sus proposiciones (art. 3.1 C.c.).

Tipificar —expresión acaparada por el Derecho Penal para reseñar las conductas punibles, aunque es legítima e incluso aconsejable su traslación conceptual a otros sectores del ordenamiento jurídico que la utilizan provechosamente— es referir alguna de las situaciones o episodios a cuya constancia subordina la norma jurídica la producción de los efectos que de su mensaje se derivan. Suele asignarse a esa norma una estructura que comprende la descripción, en clave condicional, del acaecimiento hipotético —propuesto por el legislador— y la predicción de las consecuencias que *deben* —he aquí el impacto deontológico— *aceptarse voluntariamente* o sobrevenir cuando dicho suceso acaece. Se dice que *deben producirse* y no que *se producen*, porque al contrario del *mundo del ser*, regido por leyes de juego inexorable y automático, el *mundo del valor* —del cual es parte la ciencia del Derecho— se somete a normas cuyo mecanismo no entra en juego sin el concurso impulsivo de una voluntad que asiente al mandato o la prohibición ahí formulados, o que destruye la oposición de cuantos se resisten a cumplirlos. Lo más frecuente es que las tipificaciones se ordenen, sistemáticamente y faciliten la *operación de subsunción*, que compara el dato histórico con la descripción abstracta de la norma, determinando si encaja en ella sin holguras, o si, al contrario, su adecuación exacta se ha frustrado. El trabajo de tipificación y declaración de los efectos fue propio del llamado, con alguna simplicidad, *silogismo judicial*, donde el legislador escribía, en el cuerpo de la norma jurídica, la premisa mayor —omnicomprensiva y general— y, a su vez, el juez aportaba la premisa menor —de signo discursivo y dependiente de la comprobación y complejidad de los hechos— y formulaba, en fin, la conclusión. Apreciaba si se daba el estado de cosas objeto de concreción legislativa y, en función de ello, declaraba las consecuencias pertinentes.

Las instituciones deben someterse a una esmerada disección para extraer los rasgos que las identifican y vaciarlas en moldes cuya aplicación facilita su análisis exhaustivo. Las *clasificaciones* de las ciencias de la naturaleza agotan su utilidad en sí mismas y no llevan su eficacia más

allá de lo que representan. Las *calificaciones* del Derecho son, en cambio, de máximo provecho y cumplen una notable *función de diagnóstico*. El análisis de una institución comprende los extremos relativos a su *naturaleza jurídica* y la explicación de lo que significa a la luz de instituciones o categorías preexistentes y con las que se está familiarizado. Los problemas de una institución nueva son, a veces, los de instituciones ya conocidas que sirven para caracterizarla. Así sucede cuando el concepto de *relación jurídica* no sólo se refiere al tratamiento de los modelos de Derecho Privado, que fueron emblemáticos para perfilarla, sino también de otros ejemplos que utilizan su contribución. El *proceso judicial* se ha explicado como una relación jurídica entre los litigantes —gravados con la carga de las alegaciones y la prueba— y el órgano jurisdiccional cuya respuesta dilucida la cuestión de fondo debatida. La *atención de los servicios públicos* se configura al modo de una relación jurídica entre las Administraciones Públicas, que los prestan, y los administrados que, reuniendo ciertas condiciones, tienen acceso a ellos. El mecanismo de *sostentamiento de las cargas públicas* se explica por medio de una relación tributaria que se constituye entre el Fisco y las personas afectadas por la obligación de contribuir, a cambio de ciertas atenciones de interés general. El legislador tiene, en cuenta, no pocas veces, la afinidad de naturaleza jurídica entre las instituciones jurídicas y aplica a las más novedosas todo o parte del régimen de las ya sabidas (arts. 185 y 406 C.c.).

7. Intervención analítica de la ciencia del Derecho

La ciencia del Derecho discurre, cualquiera que sea la suerte de sus operaciones, sobre el tejido de las normas que ocupan las varias parcelas o sectores del ordenamiento jurídico. Reglas concebidas y enunciadas en un lenguaje que describe conductas del individuo o de las colectividades, y que atribuye a su realización unos efectos reguladores del orden social. La idea de *conducta* se entiende en el más amplio sentido, pues, aunque las proposiciones normativas encierran juicios comúnmente descriptivos de acciones u omisiones del sujeto que se considera, no faltan ocasiones en que sustituyen la iniciativa personal por la intervención de los acaecimientos físicos o sociales cuyos resultados han previsto.

Otras ciencias detienen su atención en comportamientos reales y emplean la inducción experimental para fijar las reglas que, determinándolas y explicando sus pormenores y tendencias, arrojan luz sobre sus contenidos. Los moralistas —que reparan en las conductas individuales o en las aspiraciones colectivas de un momento concreto— empiezan por hacer historia e inventario de las situaciones que las acreditan, pero no pue-

den omitir una elaboración que, usando de métodos fiables, complete el diseño de las líneas de fuerza o directrices del *universo ético* al que dedican su atención. Un sociólogo tiene, que sistematizar las acciones y reacciones de los grupos sociales que estudia e intentar —si entiende que ello conviene a su conocimiento científico y que su método debe ir más lejos de esas verificaciones— reducir a fórmulas inteligibles y efectivas los postulados a que parecen responder.

La ciencia del Derecho interviene más morosamente ante la necesidad de que su objeto se preconstituya —como tema de crítica— gracias a la acción normativa de los poderes públicos (arts. 66.2 y 97 CE) y al trabajo de la jurisprudencia que ejerce su censura doctrinal (arts. 24.1 y 117.1 CE). No examina y selecciona las conductas humanas para graduar la notabilidad o conmoción de su impacto social y crear las normas jurídicas que van a regularlas. Tal objetivo es propio de otra disciplina, cuyos expertos se conducen a imitación de los moralistas y sociólogos que destilan las reglas respectivas de que se ha hecho mención; a saber, de la *ciencia de la legislación o política legislativa*. La contraposición y las diferencias que median entre la ciencia del Derecho y la ciencia de la legislación son, a la vez, causa y efecto de la distancia que separa un *Derecho centralista de juristas* —prestos a la *coartada voluntarista* de la oportunidad política y a la obsequiosa satisfacción de las predilecciones y apetencias del poder establecido— y un *Derecho periférico de profesores*, políticamente neutral y dedicado a la reconsideración y denuncia crítica del primero. La ciencia del Derecho no desiste de influir en la ciencia de la legislación o, por mejor decir, en una variante de la misma que, a causa de los orígenes que le individualizan, no siempre acata y respeta con escrúpulo el método a seguir y enarbola *varas de medir* muy distintas para su elección. La ciencia del Derecho es *teoría general del Derecho* en cuanto que atiende a los problemas de la morfología y perfección sistemática de las normas jurídicas, e incluso pone su complacencia —elogiando su factura y estilo— en la contemplación estética de las proposiciones normativas a cuyo examen se dedica. Es *ciencia de Derecho* porque aplica el óptimo de su espíritu crítico a *mejorar la calidad* de las normas de un determinado sistema estatal de Derecho Positivo.

8. Objeto del análisis de la ciencia del Derecho

Las proposiciones normativas, contenidas en cada sector del ordenamiento jurídico, declaran los efectos anejos a supuestos de hecho que no se seleccionan ni definen precipitada o arbitrariamente, pues el acierto de su introducción depende de predecir, sin error grave, la probabilidad o

frecuencia con que esas situaciones van a darse, y de la dimensión —de amplitud e intensidad variables— que adquieren en la comunidad portadora del interés cuya tutela se desea. La simple posibilidad —física y lógica— de que dichos supuestos acaezcan —cuando no hay una fiable predicción de su frecuencia o impacto social, o de su extensión a un número significativo de personas— privan del carácter de proposición normativa al juicio que entonces se emite, sin necesidad probada ni utilidad general para el círculo de destinatarios a que el mandato o la prohibición van dirigidos.

El legislador puede incurrir en estas deficiencias —pocas veces irreflexivas o impremeditadas y casi siempre fruto de alianzas políticas o consignas impuestas— y la ciencia del Derecho debe denunciar lo escasamente edificante de aceptarlas con resignación y renunciar a combatir las.

Las proposiciones normativas prescriben conductas que el sujeto debe ejecutar, si se está ante un mandato, u omitir, si se trata de una prohibición, o describen acaecimientos que, con independencia de la voluntad e iniciativa de las personas y grupos sociales, dispensan de las acciones u omisiones requeridas para que se dé un cierto efecto relativo a su esfera de derechos. Determinados hechos de la naturaleza —propios de algunos modos de adquirir (arts. 366 a 374 C.c.)— o circunstancias que afectan a la existencia física de las personas (arts. 29 y ss. C.c.), corresponden a esta segunda variedad. Tales proposiciones no son aseveraciones de hecho o enunciados históricos que indican *cómo los fenómenos están ocurriendo*, sino juicios de Derecho que anuncian *cómo, en su caso, las cosas deben ser*. Se auguran así las consecuencias que de un supuesto dado van a dimanar, no de modo automático y sí en virtud de la voluntad humana que las quiere y actúa —si el Derecho objetivo prospera con el acatamiento de sus destinatarios— o las impone a medio de la coerción estatal. Toda norma jurídica tiene un *supuesto de hecho* que no figura en una proposición principal narrativa, sino en otra hipotética o condicional, cuyo tenor o fórmula requiere averiguar, gracias a la experiencia, cómo suceden los acontecimientos o se perfeccionan las conductas que el legislador valora y selecciona para incorporarlas a dicho pasaje. Los efectos que la posesión —en que confluyen perspectivas y situaciones de hecho y de Derecho— trae consigo, son incomprensibles sin un conocimiento sensorial acertado y una fidedigna representación intelectual de las distintas experiencias posesorias (arts. 430 a 433 C.c.). La parquedad del *amor al oficio* en el arte de legislar explica los defectos que, a causa de la compleja o ininteligible formulación del supuesto de hecho, entorpecen la posibilidad de representarse, con lucidez y exactitud, el acaecimiento o suma de sucesos integrantes de aquellas situaciones cuya importancia requiere que el Derecho objetivo repare en su im-

portancia y se ocupe, para regularlas, de sus vicisitudes. Las normas pueden autoabolirse si, ya de entrada, hay dificultades para interpretarlas conforme al sentido propio —¿distinto del significado literal?— de las palabras cuyo encadenamiento constituye los juicios integrantes de sus proposiciones (art. 3.1 C.c.), pues ello impide recrear el estado de cosas para cuyo remedio fueron dadas. Toda norma jurídica ordena y encauza las conductas —de ahí su denominación— a partir de las verificaciones y experiencias que justifican su advenimiento —generalizador y razonable— al ámbito del Derecho objetivo. Tan importante es este conocimiento empírico, que la aplicación analógica de las normas jurídicas parte de una similitud o *identidad de razón* (art. 4.1 C.c.) —a saber, la existente entre el caso regulado y el afectado por la laguna que debe colmarse— que sólo se aprecia si el sujeto integrador no yerra al comparar las experiencias sensibles que contempla. La utilización de los *medios de prueba necesarios para defender el derecho de las partes* (art. 24.2 CE) satisface el derecho y la carga de acreditar los extremos fijados en el supuesto de hecho de una norma jurídica, cuando su realidad coincide con la resultante de reconstruir los comportamientos o episodios que ha tenido a bien representarse.

9. Significado y valor de la dogmática jurídica

La necesidad y el progreso de la ciencia del Derecho se justifican por la insuficiencia de la acción y el material legislativos para lograr que las normas jurídicas, dictadas en el ejercicio de esa potestad (art. 66.1 CE), se apliquen pacíficamente, sin divergencias ni reparos sobre su alcance, a las situaciones cuya tutela depende de la eficacia de su imperio. La *dogmática jurídica* —que sistematiza y sitúa el Derecho objetivo en un marco, a la vez, preciso y persuasivo— propone la doctrina que, aspirando a hacer de las leyes instrumentos de óptimo resultado social, las purgue, si hace falta, de los vicios de origen que aquejan al prestigio y el feliz resultado de sus soluciones. La cantidad y calidad de los problemas derivados de este *desafío científico* son impredecibles y crecen a medida que la naturaleza de las cosas, las demandas sociales y la emergencia de necesidades sucesivas recaban una intervención más intensa y frecuente del Derecho. Acción cuyos efectos no se dan de modo inmediato y automático, sino que sobrevienen con la ayuda de los instrumentos jurídicos al uso y con el inapreciable auxilio de la ciencia del Derecho que los remozan y/o adapta a las respectivas situaciones. La ley es un producto cuya *dosis de voluntarismo* o ingrediente de carga política, acusa deficiencias que la vician desde su nacimiento o aparecen después, porque el legisla-

—sujeto paciente de los apremios de ese compromiso— se desentendió de su calidad y no cuidó de conjurar algunos de los inconvenientes que su futura suerte hacía temer. Sorprende y desalienta, a un mismo tiempo, oír de boca de ciertos responsables políticos —que acreditan la más contradictoria condición de lo que los *políticos responsables* deben ser— la afirmación —hecha en términos críticos— de que los debates parlamentarios se entorpecen por culpa de las reflexiones doctrinales que, a nombre de la ciencia del Derecho, se suscitan con motivo de la elaboración de las leyes. Parece más exacto que esta contribución, lejos de merecer reproche alguno, cuente como uno de los valores eminentes del proceso legislativo que injustamente se censura. Así se explica que los científicos del Derecho —comprometidos con cuanto favorezca la eficacia duradera de las leyes cuya satisfactoria aplicación se busca— denuncien los reparos de las normas jurídicas y procuren mantenerlas a punto desde sus orígenes. Corrigen deficiencias que se aprecian en el momento de su promulgación —lo cual permite actuar de modo preventivo— o resultan del contacto con las realidades de la vida y de los conflictos de intereses (p. 10 EMTPC.c) cuya génesis y evolución descubren esas anomalías e invitan a salvarlas.

El auxilio de la dogmática jurídica —en cuanto estudio sistemático de la legalidad vigente y tentativa de reducir sus contenidos al máximo de *verdad posible* que sus proposiciones admiten— es imprescindible para modernizar el mensaje de las leyes cuyas deficiencias obedecen a motivos varios. La ley es parte del *orden positivo* que, si bien aspira al óptimo de perfección que quiere ofrecer a sus destinatarios, no siempre coincide con la *verdad del orden ideal* o natural —inescrutable y/o inaprehensible— que lo garantiza, pero respecto al cual —carente de un depósito accesible y terminantemente formulado— no es dable medir las distancias ni enunciar todas las divergencias que originan este alejamiento.

Ello no obstante, hay una cierta sensibilidad que permite intuir el tanto de proximidad o adecuación de las normas positivas escritas a los *principios del orden natural* más evidentes y de mayor *compulsión existencial*. Los defectos de la legalidad también derivan del apresuramiento del proceso de elaboración que no siempre favorece la dignidad del estilo literario, el rigor del lenguaje tecnicojurídico y la impecable utilización de los conceptos. No es necesario un gran esfuerzo para localizar, en pasajes legislativos notables, giros y expresiones cuyo empleo debe sonrojar a los responsables de su penetración y, no menos, a quienes los toleran con harta mansedumbre (art. 84.II ET). Los agentes políticos que participan en la factura de las leyes se defienden de estas acusaciones y sostienen que el exceso de especulación hipoteca, con el inconveniente de su rigidez y prejuicios dogmáticos, la libertad de decisión y el margen de voluntaris-

mo normativo que las operaciones de desarrollo legislativo requieren. La de todos conocida y vieja distinción entre un *Derecho de juristas* —que, sin agredir de frente a los intereses generales, no vela su predilección por atenerse a las consignas de la *voluntad política* que, al desatenderlos y orillarlos, hacen tabla rasa de sus exigencias— y un *Derecho de profesores* —convertido en *instancia crítica de las iniciativas del legislador*— revive con especial intensidad. No siempre se cohonestan los objetivos dogmáticos de *generalidad* y *eficiencia de la legislación* con los accidentes transaccionales y pactistas que, durante el ciclo parlamentario de producción normativa, se erigen en un sensible impedimento para acceder al disfrute natural de los bienes jurídicos que así se garantizan.

Cierto que las leyes viciadas de estos inconvenientes se someten a la *acción catártica* de la interpretación —a la que, en ocasiones, dedica el legislador pautas o preceptos, abiertos y dúctiles, de orientación hermenéutica (p. 13 EMTPC.c.)— y de la corrección judiciales. Ello no impide y sí aconseja que la ciencia del Derecho intervenga para que, evitando situaciones polémicas, se elimine o aminore un peligro del que ya está avisando el análisis insinuado por esa lectura inmediata.

10. Rehabilitación normativa de los sectores del ordenamiento jurídico

El difícil entendimiento de las leyes puede deberse a una síntesis desafortunada o una incorporación precipitada y arrítmica de las aportaciones que, en el trámite parlamentario, constituyen las propuestas hechas por medio de enmiendas formales o *pactos atípicos* y, a veces, mecanicistamente yuxtapuestas, sin los ajustes necesarios para evitar contradicciones o antinomias insalvables, y no devaluar las líneas de fuerza de la norma en elaboración. La mención de *los trabajos preparatorios*, como elemento interpretativo de las leyes (art. 3.1 C.c.), es una llamada de atención o petición de auxilio a los juristas teóricos que predicen la solución legalizada y ofrecen fórmulas para desarrollarla. La ciencia del Derecho, que contempla el fenómeno y reflexiona críticamente sobre sus episodios, favorece un aceptable rodaje de las leyes cuyos inconvenientes elimina con sus advertencias.

La ciencia del Derecho también se encarga de regenerar las normas jurídicas que, en vez de transmitir a sus destinatarios una meridiana y sincera información sobre los designios del legislador, adolecen —no por azar— de una equivocidad o confusión que oculta el propósito de escatimar —brindándole con exceso de dosificación o mezquindad— el bien

jurídico que se defiende, y aun de interceptar —con algunos escollos— el camino que ha de recorrerse para lograr su protección. Parecido es el caso de las leyes que, imponiendo a sus destinatarios determinadas cargas, erigen obstáculos excesivos y/o difícilmente superables con un esfuerzo que, en esas circunstancias, no se está en aptitud ni disposición de realizar, porque entraña sacrificios heroicos o desproporcionados. La ciencia del Derecho pretende, así las cosas, *alzar el velo* y descubrir —con fines preventivos— el *verdadero rostro* de una acción viciada de desinformación —¿ausencia de lealtad y corrección legislativas?— que, en el peor de los casos, atenta contra la buena fe y, en el mejor de ellos, denota una imprevisión poco prudente.

La ciencia del Derecho denuncia el defecto de las leyes privadas de una *nota de generalidad* que es, cada vez, más fácil de eludir y conculcar impunemente. No puede renunciarse a señalar la aparición de este vicio y de unos efectos potenciados por el abuso de la consideración de ley formal y, como tal, omnipotente, que concurre en toda norma jurídica cuya generalidad no se cuestiona. Sin ignorar la dificultad técnica o, si se prefiere, la imposibilidad de impugnar las leyes ayunas de esa cualidad, es elocuente y decisiva —a causa del peso moral de su censura sobre la actitud y/o la mala conciencia del legislador, y de las expectativas del interés colectivo de la *comunidad de juristas*— la energía crítica con que la ciencia del Derecho se apresura a denunciar lo inadmisiblemente semejante privilegio. Cierto que las leyes de una sociedad pluralista (art. 20.3 CE) son *generales* si su promulgación descansa en la necesidad de proteger los *intereses* así adjetivados, de que son portadores los círculos de destinatarios integrados en la *máxima comunidad* —que es el Estado— o en las *comunidades intermedias* que forman el todo de la sociedad o *Estado-comunidad*, modelado, a su vez, en el troquel del *Estado-ordenamiento* o aparato organizador. No hay cauces absolutamente eficaces para controlar el ejercicio abusivo de la soberanía parlamentaria y paliar los excesos en que incurre cuando, desfigurando la fisonomía de algunos intereses generales y subvirtiendo los valores anejos a la noción de *bien común*, asigna a ciertos intereses particulares una generalidad de que carecen. Intereses animados por móviles —no inconfesables, dado lo instintivo y fácil de su exhumación y diagnóstico, pero a menudo merecedores de reproche— cuya noticia no es bastante, si la voluntad política se obstina en respaldarlos, para disuadir, en nombre del sentimiento colectivo de moralidad, de la iniciativa de protegerlos irrazonablemente. A la ciencia del Derecho compete denunciar ese vicio, no sólo para cuidar de la ética legislativa, sino también para dejar a salvo la exigencia tecnicojurídica de generalidad de las leyes. Atributo negado

cuantas veces se acude al expediente de las denominadas *leyes de caso único*, rótulo que, relacionado con el *concepto de ley*, adolece de una contradicción en los términos, pues, por definición, la ley se da para ordenar situaciones futuras, previsiblemente masivas —según un cálculo estadístico de proliferación— y susceptibles de multiplicarse durante la prolongada existencia que se augura a la norma jurídica en que su voluntad se manifiesta.

Las leyes contienen *conceptos jurídicos indeterminados*, cuyas menciones eran infrecuentes y se referían a aspectos de moralidad relacionados con las normas de Derecho objetivo cuya aplicación se discutía. Las nociones de *equidad* (art. 3.2 C.c.), de *fraude de ley* (art. 6.4 C.c.) y de *abuso del Derecho* (art. 3.1 C.c.) cumplen buena parte de su finalidad. Los jueces no llegan a concretar cómodamente estos conceptos, si antes no cuentan con el auxilio de la ciencia del Derecho que facilita y acondiciona su recepción. Propenden inclusive a *instrumentalizarlos sanamente*, cuando los invocan y aplican, no con ligereza, pero sí prescindiendo de un detenido análisis —obstado acaso por las prisas— que desvanezca toda duda sobre su delimitación e identidad. Hay que informar de la novedad en que consisten, dar cuenta de los antecedentes que los definen en otros ordenamientos jurídicos, reseñar los beneficios deparados por su utilización y no disimular los problemas que su acogida y aplicación engendran. La ciencia del Derecho es deudora de unas aportaciones destinadas a que el juez consiga el soporte y reaccione con la seguridad y el aplomo que muy improbablemente le acompañarían si no contase con tales asistencias.

Esto no es todo. Las leyes recogen, con frecuencia creciente, conceptos indeterminados que extravagan del campo del Derecho y pertenecen a disciplinas complementarias o auxiliares. La ciencia del Derecho cumple una *función de transmisión* o de tamiz que aminora las dificultades de la concreción pendiente o señala los límites dentro de los cuales el problema surge y debe resolverse aplicando esas reglas de juego.

Las leyes no escapan al inconveniente de las contradicciones o antinomias que las aquejan y que hay que disipar. El legislador introduce un germen de desorden social y vacilación jurídica, si —sin propósito derogatorio expreso o tácito (art. 2.2 C.c.)— muestra una voluntad incompatible con otra que antes ha manifestado y da lugar a resultados que *no pueden ser y dejar de ser, al mismo tiempo*, en su ámbito de aplicación. La ciencia del Derecho se ve obligada a disolver las contradicciones más ruidosas (arts. 759 y 799 C.c.), ya que sus soluciones, lejos de ponerse en tela de juicio, gratifican y animan a los juristas prácticos que se benefician de su esclarecimiento.

11. Reajuste y equilibrio del ordenamiento jurídico

El ordenamiento jurídico tiene una *pretensión de plenitud* —inseparable de los objetivos centrales del Estado de Derecho— y delimita el *marco de regulación* ocupado por las normas de Derecho objetivo que, con arreglo a los principios informadores (pp. 7 y 16 EMTPC.c. y art. 1.4 C.c.), agotan el sistema de fuentes que explica y determina su saturación. No puede haber espacios vacíos ni oquedades —constitutivos de las llamadas *lagunas del Derecho*— a los que no alcance el *efecto-inundación* que sugiere la imagen plástica de dicho sistema. Aunque el acudir a esta descripción didáctica es fácil, hay dificultades para concretar, con certeza excluyente toda duda razonable, si, en su momento, sólo ha existido imprevisión u olvido del legislador —que, por inadvertencia más o menos excusable, no ha cuidado de atender ese supuesto— o conciencia e intencionalidad inequívocas de marginarlo y abstenerse de su tratamiento jurídico. Dilucidación de que ha de hacerse cargo la ciencia del Derecho.

Este quehacer científico repara en fenómenos que surgen al margen o con olvido del Derecho, aunque su rigurosa consideración muestra lo provechoso y trascendente de la perspectiva jurídica de su análisis. El régimen de las relaciones colectivas de trabajo —debido a la constancia de una contestación conflictiva y a la exigencia de técnicas pacificadoras— ha justificado la formación, por parte de la ciencia del Derecho, de una teoría *de la autonomía colectiva* —similar a la autonomía contractual de las relaciones juridicoprivadas— y, con ese motivo, ha realzado la novedad y el valor del *ordenamiento jurídico extraestatal* que, merced al ejercicio de la misma, concurre con el Derecho del Estado en el ámbito territorial de su acción soberana (arts. 37.1 CE, 1.255 C.c. y 82.1 ET).

Otro fenómeno al que la ciencia del Derecho sigue atenta es el de las transformaciones de aquellas realidades sociales cuya sucesión y novedad ponen en trance de caducidad y obsolescencia muchos experimentos del legislador. El Derecho se aplica al calor de la objetividad cuya intermediación permite captar, sensorial o psicológicamente, las realidades de la vida (p. 10 EMTPC.c.). Si el legislador no ha mostrado suficiente previsión y cautela en la factura de una ley cuya generalidad debe asegurar, cabe que, andando el tiempo, su regulación resulte inadaptable a los estados de cosas que su autor no logró predecir y a cuyos temas no prestó, por hipótesis, la atención precisa para evitarlos o resolverlos en su caso. Tales normas no son bienes precederos o inactuales que, al modo de los objetos consumibles, toleran una renovación incompatible con su carácter de generalidad. Rasgo que, en un

principio, significa extensión del favor de la ley a una comunidad o sector de ella, cuya audiencia social reivindica tenaz y llamativamente la satisfacción del interés que la norma dice proteger. La generalidad también supone que esa protección es duradera, sin frustrarse prematuramente ni exponerse a cambios cuyo radicalismo desordene la vida social y enerve el vigor de la tutela jurídica que se ofrece con visos de seguridad y permanencia. La ciencia del Derecho proclama que, si el legislador no intuyó dichas transformaciones, *la norma ha de usarse de modo divergente del hasta entonces estilado*, para que, en lo posible, su utilidad y generalidad queden a salvo. La ciencia del Derecho acude al elemento historicoevolutivo de interpretación y procura que este criterio, de delicadísimo manejo, permita adecuar el *mensaje flexible* a circunstancias surgidas después de la promulgación de una norma (p. 13 EMTPC.c.) que, de lo contrario, fracasa y queda desprovista de su *valor vital*. De ahí que deba estarse fundamentalmente —sin sucumbir al *canto de sirena* de otras opciones interpretativas— a la fisonomía que entonces adquiere la ley, a causa del nuevo espíritu y finalidad que la distinguen (art. 3.1 C.c.). Una vez más, la ciencia jurídica traslada a las soluciones del Derecho positivo una inspiración que, sin pertenecerles desde sus orígenes, responde a la máxima de que *la letra mata y el espíritu vivifica*.

Cabe que, con menos frecuencia, un cambio de signo político obligue a desmontar un ordenamiento jurídico y a instituir e inaugurar otro que le sustituye. Experiencia que ocurre cuando un sistema de libertades políticas sucede a otro de corte autoritario, con independencia de su momento histórico, de la modernidad del mecanismo de reemplazo y del carácter del régimen abolido. La introducción y puesta a punto de ese ordenamiento requiere correcciones y ajustes que el legislador no puede introducir con *celeridad mágica*, ya que han de ser pausados y estar exentos de radicalismo inoportuno. El nuevo ordenamiento no puede abrir fuego con la derogación incondicional y abrasiva de todas las expresiones normativas del sistema anterior y, a fin de evitar los cuantiosos y graves problemas del *miedo al vacío*, debe salvar las que conserven su utilidad social para satisfacer los intereses generales en que reside el bien común. Un proceso de depuración tan sensible se expone al fracaso si no cuenta con el acompañamiento de la ciencia del Derecho que, así las cosas, aprecia los inconvenientes y/o ventajas de usar de una *técnica maximalista* y de otra *conservadora* o *criticista* —según lo indulgente de sus respectivas premisas— para elegir y aplicar la solución más razonable. La construcción y el manejo del concepto de *inconstitucionalidad sobrevenida* (DD 3 CE) o, por mejor decir, de *reajuste constitucional* de las normas previgentes a la carta política, muestran una de las adquisiciones debidas a este esfuerzo científico.

12. Sensibilidad del Derecho positivo al influjo de la ciencia del Derecho

La ciencia del Derecho —ligada a las consignas de la *honestidad del espíritu crítico*— denuncia y supera las tentaciones de dejar irresueltos los problemas jurídicos, ante la enojosa perspectiva de entregarse, en actitud devota y responsable, a su análisis y dilucidación. Sin poner en cuestión, ni mucho menos, lo progresivo y necesario del *uso equitativo del Derecho*, la invocación de la equidad encubre, muchas veces, la pereza y laxitud intelectuales con que se rehúyen las dificultades de forjar un discurso de calidad. No faltan incentivos para que el jurista logre salvar estos reparos. Gracias a los apoyos de la ciencia del Derecho, la legalidad dispone de recursos que las van disipando. Los jueces ordinarios trabajan sobre un *ordenamiento jurídico completo* y exento de lagunas, cuya saturación o plenitud impide pretextar que la dificultad del raciocinio hace insoluble la decisión del asunto que se les confía (art. 1.7 C.c.). Si la ley es *oscura*, su sentido se aclara con la interpretación (art. 3.2 C.c), si *guarda silencio*, como fuente primaria, debe irse en busca y escucharse la voz de las fuentes secundarias (art. 1.1 a 3 C.c.), y, si es *insuficiente*, la laguna que ofrece se colma por medio de una operación integradora (art. 4.1 C.c.). Precisiones a que llega la legislación con el auxilio de la ciencia del Derecho y no por cuenta propia. La ley dota de incentivos jurídicos que mitigan la frustración y el desaliento de los especialistas a quienes el signo deontológico del Derecho no brinda estímulos bastantes para reflexionar con delectación y con éxito. La *efectividad de la tutela judicial* (art. 24.1 CE) significa que los jueces han de pronunciar decisiones de fondo —cuya preferencia proscribire la tentación de escudarse en reparos de forma que las van demorando— y, en su caso, desestimar, si son fraudulentas o abusivas, las pretensiones sometidas a su conocimiento (arts. 11.2 LOPJ y 25.1 LPL).

La legalidad que, gracias a estos arbitrios, facilita la aplicación del Derecho y reduce a sus debidas dimensiones el alcance de las formas, no los asume si antes la ciencia del Derecho no los ha elaborado con una pulcritud y calidad dogmática cuya fuerza de convicción intelectual les dota del crédito exigible para que se acepte su contribución. Cuantas veces surgen novedades, el legislador se sincera y no desdeña la oportunidad de hacer la consideración —escrita en los *preámbulos* que informan de la necesidad de la innovación, del modo en que se ha practicado y de su fisonomía general— de que, en buena parte, el ordenamiento jurídico recibe e incorpora los hallazgos que la ciencia del Derecho incluye entre sus adquisiciones más recientes y pone a su disposición. Es muy feliz la fórmula de que, en tales casos, *se recogen las enseñanzas y respuestas de la doctrina a las dudas suscitadas por la práctica* (B. 1.^a BC.c.).

EFICIENCIA CONSTRUCTIVA DE LA CIENCIA DEL DERECHO

13. Influencia de la ciencia del Derecho en la formación del ordenamiento jurídico

Cuando la norma jurídica es clara, los obstáculos a su aplicación satisfactoria pueden venir de la hostilidad o negativa de las personas o comunidades a que se dirigen sus mandatos o prohibiciones, de la imposibilidad de probar el supuesto de hecho que condiciona su eficacia y de la desatención nacida de la decadencia o el desuso. El principio de que las leyes sólo se derogan formalmente por otras posteriores (art. 2.2 C.c.) y la omisión de referencias descalificadoras a la ineficacia del desuso o la práctica en contrario (viejo art. 5 C.c.) explican cómo esta causa de desvitalización llega a desvirtuar la vigencia y obligatoriedad de una norma no expulsada del ordenamiento jurídico y que en Derecho sigue viva. Por accesible y simple que parezca la versión expresiva de una norma jurídica, siempre hay que acomodar a los cambios históricos —que han de encajar en la proposición constitutiva del supuesto de hecho— el mensaje que guarda y quiere transmitir. Los llamados a declarar las consecuencias perseguidas por el ordenamiento, casi nunca pueden actuar y conducirse como resonadores inertes de la ley. Su discurso introduce —automática e inevitablemente— reflexiones de acompañamiento que son imprescindibles para un examen individualizado del problema. Dan de lado al prejuicio simplista de que el juez —aplicador por excelencia del Derecho— sólo es, como rezaba ingenuamente la fórmula mecanicista del principio de separación de poderes, *el eco que se limita a repetir las palabras de la ley* o el agente de unas operaciones silogísticas cuya suficiencia lógica garantiza una solución convincente. La operación de aplicar la que, a primera vista, puede parecer la norma jurídica más modesta y exenta de dificultades, conserva la atracción del experimento que acredita el *arte de transformar el Derecho en justicia*.

Si la proposición de una norma jurídica encierra dificultad de entendimiento, su aplicación —compuesta de la subsunción del hecho en el tipo o imagen rectora, y de la declaración del efecto jurídico subsiguiente a la verificación de su encaje correcto— es inviable sin antes haberse esclarecido el sentido y alcance de su formulación, reduciendo sus términos a los propios de un juicio inteligible. Acomodar la situación histórica concreta al supuesto de hecho resulta imposible si la incompreensión del lenguaje de la norma *impide esa operación de acercamiento e inutiliza el esfuerzo de ajuste*. Las razones de la dificultad dependen del signo de los tiempos y, a su ritmo y compás, se suceden y se multiplican. El viejo legislador elaboraba leyes que, salvo excepciones, se comprendían fácil-

mente y cumplían una finalidad didáctica que se justificaba por el crédito doctrinal de los especialistas encargados de hacerlas y de los mediadores, que, en el proceso parlamentario, perfeccionaban su factura. El peso de esta responsabilidad gravitaba sobre juristas eminentes, que dieron su nombre a las obras legislativas a que se les confiaban. La brillantez de los *preámbulos* no dejaba de aludir a la necesidad social que había llamado la atención del legislador, reseñaba la calidad e importancia de los trabajos precedentes, detallaba los materiales de su elaboración, concretaba la variedad de las aportaciones útiles y, pese a la excelencia de ese empeño, mantenía viva su preocupación ante problemas no resueltos o eventualmente derivados de las soluciones obtenidas entonces. Gracias a la dignidad y precisión del lenguaje utilizado, el entendimiento de las normas jurídicas se facilitaba y se disipaban las dificultades de su aplicación en el futuro. Prevalecía la confianza en el propósito de minimizar los problemas interpretativos derivados de ello y —quizá con exceso de optimismo— se aspiraba a hacer de las leyes instrumentos indefinidamente provechosos. El peso específico de las ideologías era menos sensible, porque se compartía la conciencia —nada particularizada ni sectaria— de las aspiraciones centrales de la sociedad y de los postulados del progreso. Se coincidía en la determinación de resolverlos al margen de la querencia que hoy responde al rótulo, fácil y temible, de *voluntad política*. Aun quedaba demasiado cerca el influjo del idealismo racionalista y, a causa de ello, subsistía una postura de respeto con cuantas novedades legislativas decían, más o menos explícitamente, acarrear los materiales de su depósito e inspirarse en sus proclamaciones.

La perspectiva de la actual situación es diferente. Los redactores materiales de las leyes no suelen ser juristas avezados a las peripecias del arte de legislar, sino gabinetes de expertos o equipos de asesores para el caso —cuando no personas físicas tan hueras de prestigio científico como dóciles a las consignas impartidas— que no ocultan su precipitación por terminar el encargo que se les encomienda. El resultado del trabajo de producción legislativa da a la luz unos textos legales en los que el *espíritu de consenso* —a costa, demasiadas veces, de sacrificar, sin tasa ni morigeración, bienes indisponibles y valiosos— y el transaccionalismo van dejando su huella. La supresión de las *introducciones* —que, durante algún tiempo, dejaron de preceder al texto de las leyes y que después han resurgido— parece responder a la idea de que su subsistencia es inútil y contraproducente. Al informar con exactitud y detalle del propósito del legislador, crean un *riesgo de petrificación* y entorpecen o frenan la soltura con que la creatividad interpretativa puede sustituir su voluntad por la de la norma jurídica que, a su tiempo, siente el impacto y reacciona ante el reto de las realidades sociales (art. 3.1 C.c.). Los *preámbulos* sue-

len aventurar interpretaciones constitucionales que el legislador ordinario —consciente de lo provechoso de las valoraciones preventivas de este signo— no duda en emprender para evitar la inconstitucionalidad de las leyes a que se refieren. Muchas más leyes de las que sería de desear, provienen de consignas ideológicas que, escudadas en la *ventaja numeral* de la mayoría parlamentaria, rechazan obstinadamente las aportaciones y mejoras de otra procedencia e incurrir en un incontrolable y craso abuso de la potestad legislativa (art. 67.2 CE). El moderno concepto de *voluntarismo normativo* —contrapuesto a las orientaciones intelectualistas y enarbolado por los epígonos de la *voluntad política* o el decisionismo de este nombre— ha imperado, durante algún tiempo, y ha ganado incluso la batalla en pro de un tipo de legislación devaluada y/o sectaria, o, si se prefiere, de un *modelo o estilo* —nunca un *arte*— *de legislador*, cuyas peripecias no merecerán, a buen seguro, el encomio de los juristas y politólogos que el futuro vayan a enjuiciarlas.

14. Corresponsabilidad interpretativa de la ciencia del Derecho

Los problemas de interpretación —que, en otras circunstancias, son menos frecuentes— se acrecientan con una legislación de este carácter. Ciertamente, en razón directa de la proliferación de las cuestiones interpretativas, se accede a medios más modernos y expeditivos para disolverlas. El legislador puede trazar, como una novedad plausible, orientaciones hermenéuticas a cuya introducción se dedican, según los pareceres, elogios y reparos (p. 13 EMTPC.c.). Llega el momento en que los jueces ordinarios experimentan la necesidad de manejar —pues a ello están urgidos (arts. 5.1 y 7.1 LOPJ) los principios y preceptos constitucionales como elementos contextuales de interpretación que son comunes a todos los sectores del ordenamiento jurídico, de los que indistintamente se predicen. También el Derecho de las relaciones colectivas de trabajo se aplica a través de unas sentencias meramente interpretativas —llamadas, por ello, *normativas*— que emanan de los órganos jurisdiccionales (arts. 151.1 y 158.2 LPL). Ello da idea de la complejidad y magnitud que, en los procelosos mares de la aplicación del Derecho objetivo, va adquiriendo el cometido del intérprete.

La interpretación fue, en sus principios, un mensaje encargado de simplificar y traducir situaciones confusas o míticas. El Derecho no escapa, pese a su pretensión de claridad, a la exigencia de un entendimiento que cada vez se adhiere más a las interpretaciones sucesivamente impuestas por las cambiantes realidades sociales que, al transformar el tenor de sus proposiciones, mudan también el signo de sus prohibiciones y mandatos.

La interpretación de las normas jurídicas es una tarea compartida por el quehacer de los órganos judiciales y los aciertos de la doctrina científica. El transcurso del tiempo y el aprecio sereno de las cosas han aclarado cómo, superados los antagonismos y prejuicios clasistas, esas acciones interpretativas se entrecruzan y enriquecen considerablemente. Lo acuciante de tantos problemas, las experiencias de una judicialización que pone al descubierto flancos indefensos, multiplica sus pormenores y suma otros matices a la sencillez de sus planteamientos, de origen, la necesidad de utilizar categorías científicas de alguna sutileza para enfrentarse a cuestiones de primera magnitud, configuran un *estado de corresponsabilidad interpretativa*. La doctrina y los órganos jurisdiccionales coinciden, más o menos expresamente, en que esta actitud de recíproco auxilio no sólo es obligada para salvar nuevas y varias exigencias tecnicojurídicas, pues lo contrario constituye un ejemplo deplorable y un atentado contra la dignidad de la causa del Derecho. Los juristas prácticos y en especial el cuerpo judicial, no pueden hacer a la doctrina el reproche —de que, tiempo atrás, se echó mano abusiva e indelicadamente— de que su acervo de sabiduría no se ha curtido en lides y experiencias jurídicas de calado bastante para emprender una obra recia de transformación. Tampoco la doctrina puede censurar a los jueces —asediados por problemas de reconocida y creciente dificultad— su acantonamiento en posiciones trasnochadas o su inflexible adhesión a fórmulas pasadas de moda, pues la complejidad de las incógnitas que han de afrontar hoy día, les obligan a análisis en que la fatiga del discurso y la ponderación intelectual —siempre ayudados por la contribución de la doctrina— son inherentes a la satisfacción del derecho fundamental a la efectiva tutela judicial (art. 24.1 CE). Alejan la figura del juez de la definición simplista del *oráculo que sólo reitera las palabras* de la ley, cuando, en rigor, continuamente las reanima e inscribe en un mensaje que ha de reunir los valores de la persuasión y la creatividad.

15. Interacciones del pensamiento judicial y la ciencia del Derecho

Las dimensiones que adquiere la construcción de cierta literatura jurídica reflejan el cambio producido. Va generalizándose, a semejanza de los países anglosajones, el cultivo del género literario que consiste en comentar y difundir las resoluciones judiciales en beneficio de la interpretación. Cosa distinta es el nivel de calidad que este género ofrece. La doctrina opera sobre dichos pasajes en régimen de *vigilancia permanente* y en ejercicio crítico de su capacidad de censurar las soluciones que

adoptan. Los jueces —sujetos a un control cuyo provecho reconocen— dedican atención especial al rigor de sus razonamientos y cuidan, con detención y esmero, de la forma y la sustancia sus decisiones. Esta obra de *cooperación inconsciente* mejora las técnicas de aplicación del Derecho y enriquece a las dos comunidades de juristas, la judicial y la científica. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia dejen de ser conceptos o situaciones antagónicas, y que sus agentes acepten esta cohabitación, no bajo el resignado lema de *estar obligados a entenderse*, sino convencidos del progreso y la utilidad que se siguen de una interacción tan fructífera.

Pudo pensarse ingenuamente que, en esa concurrencia, la doctrina judicial iba a primar —ganando la batalla— sobre las aportaciones de la doctrina científica, al contar con el *imperium* de su carácter oficial y con la coactividad que hace posible el cumplimiento de las sentencias judiciales. El valor de las aportaciones doctrinales sólo resultaría de su intensa razonabilidad y de su poder de sugestión intelectual. Su correlación determina que, hoy por hoy, la actividad judicial nunca pierde de vista —pues no puede permitirse tamaña licencia— las más valiosas construcciones del pensamiento jurídico especulativo, de cuya asistencia necesita indefectiblemente. La doctrina cuenta siempre con las experiencias —resultantes de los conflictos de intereses (p. 10 EMTPC.c.) y no de hipótesis de trabajo simuladas o ficticias— que se someten al conocimiento de la jurisdicción y cuyos rasgos históricos individualizan las causas de pedir de las acciones y excepciones que entonces se deducen.

Las interpretaciones doctrinal y judicial se encaran a sus respectivas tareas en condiciones que, aunque inicialmente han diferido, se asimilan y acercan con el tiempo. La doctrina comienza planteándose los problemas interpretativos a partir de ciertas hipótesis de aplicación de las normas jurídicas que las experiencias y el futuro se encargan de ratificar o desdejar. Parte de su ejercicio, en estas condiciones, puede ser una inversión improductiva y frustrada, si, a la larga, no se confirman la entidad y consistencia del tema a cuyo descubrimiento y solución se ha dedicado la interpretación. Los órganos judiciales la emprenden a causa del debate sobre el bien de vida que ante ellos se discute. El tiempo atenúa lo divergente y distante de ambas interpretaciones. La doctrina se entrega al análisis de problemas concretos que surgen en los ámbitos extrajudiciales o se llevan ante los jueces ordinarios. Deja de especular —más o menos creativamente— sobre los aspectos de la aplicación de la norma y concentra su esfuerzo en el examen de las experiencias que arrojan sus episodios conflictivos. Los órganos jurisdiccionales sitúan los problemas de interpretación en el plano de generalidad que resulta de ir acumulando los matices interpretativos y multiplicando las experiencias adquiridas.

Ello obliga a enfoques que, aun sin riesgo de abstracción excesiva, adiestran y acostumbran al uso de perspectivas generales, y transmiten a la práctica judicial un *reflejo academicista e ilustrado*. Inclinación que no puede censurarse en nombre de una *austeridad especulativa* que disimula la escasez de una reflexión suficientemente persuasiva, e incluso se resiente de las más graves taras del *pensamiento débil*.

Abreviaturas y siglas

art.	artículo
C.c.	Código Civil español de 24.7. (8) 89
CE	Constitución española de 27-12-78
EMTPC.c.	Exposición de Motivos de la L. 31-5-74, de reforma del Título Preliminar del Código Civil
ET	Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo de 24-3-95)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial de 1-7-85
PL	Ley del Procedimiento Laboral (Real Decreto Legislativo de 7-4-95)
p.	parágrafo

Estudios de Deusto



Universidad de
Deusto

